R. VON IHERING

TEORÍA DE LA POSESIÓN

EL FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN POSESORIA

VERSIÓN ESPAÑOLA, CON EL RETRATO DEL AUTOR,
AUMENTADA CON NOTAS CRÍTICAS

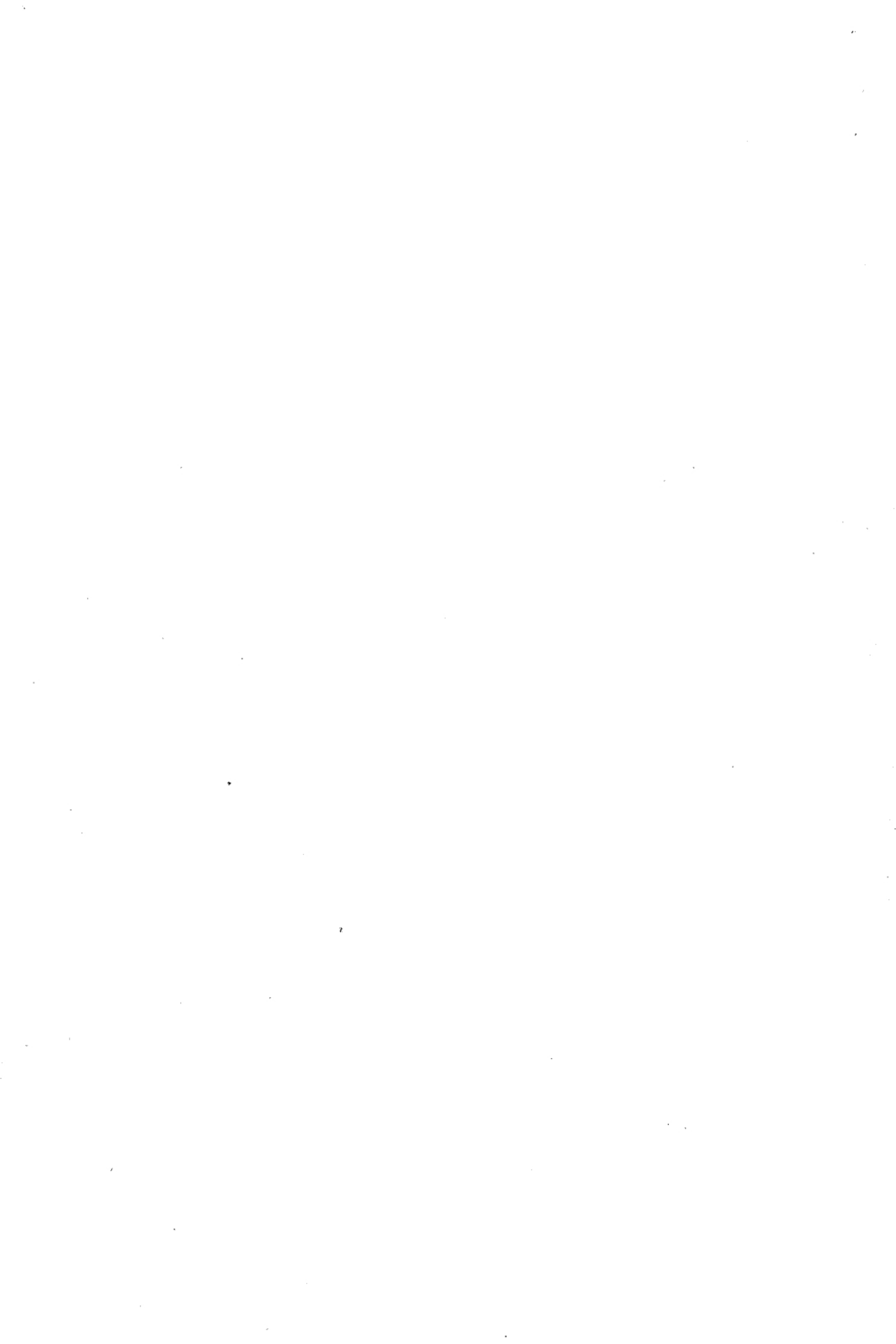
ESTUDIO PRELIMINAR SOBRE LA VIDA Y OBRAS DE IHERING

POR

ADOLFO POSADA
Profesor de Derecho político en la Universidad de Oviedo.



MADRID
IMPRENTA DE LA REVISTA DE LEGISLACIÓN
a cargo de José María Sardá
Ronda de Atocha, 15, centro
1892



OBRAS DE ADOLFO POSADA

	Pesetas.
Programa de elementos de Derecho político y Administrativo español, precedido del razonamiento del método y plan de enseñanza	2
La enseñanza del Derecho	1
Principios de Derecho político.—INTRODUCCIÓN.—Un tomo de la *Biblioteca Jurídica de Autores españoles*	7,50
El Parlamentarismo; tres conferencias	1,50
La enseñanza del Derecho en las Universidades.—ESTADO ACTUAL DE LA MISMA EN ESPAÑA Y PROYECTOS DE REFORMA	2
Teorías modernas acerca del origeu de la familia, de la sociedad y del Eszado	2
Estudios sobre el régimen parlamentario en España; volumen 57 de la *Biblioteca económica filosófica*	0,50
Ideas pedagógicas modernas, con un Prólogo de *Clarín*.	3
La lucha por el Derecho, de R. von Ihering; **versión española** de A. Posada y un prólogo de L. Alas *(Clarín)*	2

En colaboración con D. Adolfo Buylla:

La quinta esencia del Socialismo, por Schäfle; **versión** española y notas de A. Buylla y A. Posada	2
Principios de Política, por Holtzendorff; **versión española, con notas** y un Estudio **preliminar** de A. Buylla y **Adolfo** Posada	8

EN PREPARACION

Principios de Derecho político.—1.º TEORÍA GENERAL DEL ESTADO; 2.º EL DERECHO CONSTITUCIONAL.




R. von Jhering.

IHERING

I

Hace ya algunos años, en 1881, publiqué una traducción española del celebérrimo folleto del ilustre Ihering, sobre *La lucha por el derecho*. La traducción llevaba al frente un hermoso prólogo, debido á la pluma del eminente escritor Don Leopoldo Alas. Fué entonces la vez primera que en España se publicaba algo del insigne jurisconsulto alemán. Entonces, considerando cuán conveniente sería para la cultura jurídica de nuestra patria facilitar el conocimiento de los preciosos libros de Ihering, intenté traducir y publicar otras obras, tales como el *Espíritu del derecho romano*, *El fundamento de la protección posesoria,* y quizá hasta *El fin en el derecho;* pero circunstancias que no son del caso especificar me impidieron realizar tal deseo. No era sin duda la oportuna ocasión aquélla. Ihering en España no era apreciado tanto como hoy empieza á serlo. Por fortuna, si yo no pude publicar el *Espíritu del derecho romano*, ese gallardo monumento jurídico, no faltó quien más adelante llevara á feliz término tal empresa, y puede ya nuestra juventud universitaria, que desgraciadamente no suele manejar con libertad ni el francés, leer las soberbias y atrevidas lucubraciones del profesor de Goettinga en nuestra propia lengua. Ahora enriquécese la escasa pro-

ducción literaria jurídica en España con una obra más de Ihering, obra que en cierto sentido completa el *Espíritu del derecho romano*, y que por otra parte contiene una de las más atrevidas concepciones jurídicas de nuestro autor.

En efecto, Ihering, como él mismo declara en sus estudios sobre la teoría de la posesión, acomete con valentía y firmeza una empresa arriesgada y difícil, que exige un valor á toda prueba, puesto que atacando concepciones é ideas muy admitidas, y que fueron obra principal de uno de los pensadores más geniales y más afamados y seguidos de nuestro tiempo, Savigny, se corre gravísimo riesgo de no ser oído y aun de no merecer serlo. Con el vigor y honrada sinceridad que son características en Ihering, expone esta situación crítica suya en el prefacio á su monografía acerca de *La Voluntad en la posesión* (1). «Quien quiera combatir, dice, una falsa tendencia, debe buscar á aquel que primero le ha seguido y el terreno donde ha comenzado á seguirla. Por esta razón he elegido á Savigny, y la teoría de la posesión, tanto en mi obra anterior sobre el *Fundamento de la protección posesoria*, como en la presente. Se *refutan* las opiniones falsas, pero se *combaten* las tendencias falsas. Ante las primeras basta oponer la verdad al error, la susceptibilidad personal ó la presunción tan sólo pueden introducir un estilo y un tono impropios de la polémica científica con el adversario. Ante las segundas, por el contrario, es preciso más: quien quiera combatir debe empuñar las armas y debe elegirlas tanto más cortantes cuanto el enemigo es más temible. Su intención es de acabar con su adversario. Si no lo logra, él mismo sucumbirá, y todos sus esfuerzos no harán más que agravar la derrota. Tal es la suerte que yo corro. Tengo plena conciencia de haber puesto mi nombre

---

(1) *Besitzwille*. Jena, 1889. Un resumen muy completo de la teoría de la posesión, de Ihering, está en el *Handwörterbuch der Staatswissenschaften* de Conrad, Elster, etc., palabra *Besitz*, por Ihering, 1890.

científico á prueba, de una manera tal, que si las críticas y acusaciones que he lanzado contra Savigny no son fundadas, mi nombre sufrirá quebranto irreparable. He criticado sin piedad, y quien me quiera mal podrá fácilmente censurarme como ingrato, aun sin tener en cuenta el homenaje que yo rindo plenamente á los méritos de Savigny» (1).

***

La obra de Ihering, sobre la Posesión, como en general su *Espíritu del derecho romano*, tiene ciertamente un carácter muy interesante, en cuanto suponen en el momento crítico porque la formación actual del derecho positivo atraviesa, ese trabajo de renovación, ó mejor, de revisión de las instituciones jurídicas, tan necesario, si no hemos de *encastillarnos* en unas fórmulas jurídicas hechas bajo condiciones muy distintas de las que hoy se imponen á la vida. El derecho, como norma social, como contenido más ó menos íntimo de las instituciones *jurídicas*, corre el gravísimo riesgo, que mil veces apunta Ihering, de cristalizarse en formas fijas é invariables, mientras el torrente avasallador de las nuevas necesidades sigue su curso, buscando sus fórmulas flexibles y transitorias en esferas y disciplinas que no tienen nombre de derecho. Bastaría estudiar, por ejemplo, el articulado de los Códigos civiles modernos para comprender cuán justificada, cuán imprescindible es la tarea de Ihering, cuán necesitados andamos de esas revisiones de las teorías admitidas, y cuán fecunda puede ser otra tarea del mismo autor, la cual consiste en vivificar la crítica y la investigación del derecho romano formalista y hecho de suyo; pero más formalista y acabado en las concepciones de sus expositores, con el soplo de las tendencias expansivas y realistas que dominan en las ciencias modernas.

---

(1) Prefacio de la obra citada sobre *La Voluntad en la posesión*.

Ya he manifestado que este espíritu de renovación y de crítica se ofrece por modo especial é intensivo en la obra que hoy se publica en español. La institución jurídica de la posesión es en verdad objeto de un análisis detenido y detalladísimo por parte de Ihering. La construcción romana en sí misma, y tal como la interpretan los romanistas más conocidos, principalmente Savigny, se estudia y critica de una manera admirable, como ha de verse. Los textos del antiguo Derecho aparecen vivificados por el luminoso examen del espíritu moderno, por la interpretación real y directa de quien concibe en vivo el derecho, de quien no se para en la letra y procura desentrañar su sentido, porque ve tras ella un alma una carne y una sangre, que han vivido la vida imperfecta y absolutamente condicionada del hombre...

Pero no es mi propósito detenerme á estudiar la teoría de la posesión que Ihering expone como consecuencia de su *revisión* de la teoría de Savigny y de su nueva y original interpretación del derecho romano. Trabajo es este que se hace en las notas con que se aumenta la versión española. Creo, por otra parte, más conveniente aprovechar la ocasión que nos ofrece la publicación de este libro, para decir algo sobre el mismo Ihering, sobre sus teorías jurídicas, investigando los caracteres de tan saliente personalidad científica, é indicando sus tendencias, sus ideas generales, sus métodos, sus aspiraciones en la ciencia del derecho, y hasta, si es posible, la índole particular de su espíritu poético, de verdadero artista, que ve desde muy alto las cuestiones. Todo ello además explicará la posición especial que en el movimiento contemporáneo de la Filosofía del derecho ocupa nuestro autor.

II

De un autor de la importancia de Ihering pueden hacerse dos diferentes indicaciones biográficas: las unas, que se dirigen á señalar la posicion social del mismo, lo cual, además de satisfacer cierta curiosidad muy fundada, contribuye no poco á explicar la influencia que tenga ó pueda tener sobre sus contemporáneos y hasta su manera de ver muchas cosas, y las otras que se dirigen principalmente á señalar los caracteres de su espíritu científico, y á determinar el valor y alcance de su esfuerzo en la esfera del saber á que se ha dedicado.

Al presente, como de lo que se trata es de dar á conocer en España la obra jurídica de Ihering, impórtanos sobre todo el segundo aspecto de la cuestión; verdad es que no puede en absoluto prescindirse del primero. Pero acerca de éste nos hacen falta recoger muy pocos datos. Ihering nació en 1818 en Aurich (antiguo reino de Hannover). Desde los primeros pasos de su vida científica se manifiesta con vocación al estudio del derecho. Á él dedica en su vida el esfuerzo poderoso y constante de su privilegiada inteligencia. De las dos direcciones que el cultivador del derecho puede seguir, á saber, la de la aplicación práctica y al día en los tribunales, ó la de la investigación científica, más la tarea de la enseñanza y educación de la juventud: Ihering sigue al parecer esta última. Á partir de los veinticinco años, en que es ya *privat docent* en la Universidad de Berlín, pertenece á la enseñanza universitaria. En la cátedra vierte las luminosas teorías que luego ordena y expone en los libros, y desde la cátedra ejerce su personal influjo en la formación actual de la ciencia del derecho. Y debe de ser este influjo grande, porque Ihering, profesor *á la alemana*, en el recto sentido *pedagógico* que esto supone, no es el profesor-orador que en España priva, no es el catedrático que se limita á exponer dogmáticamente, no, Ihering es el profe-

sor que intima con sus alumnos, que trabaja al lado de ellos. Su *Seminario* jurídico, verdadero laboratorio donde se estudia práctica y positivamente el derecho, tiene fama universal (1).

En 1872 Ihering aceptó una cátedra en la Universidad de Göttinga. Desde esa fecha vive y trabaja en tal Universidad, á la cual acuden cuantos quieren orientarse en la Filosofía del derecho. Y he aquí un dato importante. En diferentes ocasiones le fué ofrecido un puesto en las grandes Universidades de Berlín, Leipzig y Heidelberg. Tales ofertas no le sedujeron. Con vocación decidida al estudio del derecho, y queriendo consagrarse por entero á la ciencia, prefirió la vida tranquila y ordenada de la ciudad universitaria, á la vida más movida y brillante de aquellos centros de población. En pago de esta señalada devoción á la ciencia y como prueba de un aprecio extraordinario al profesor insigne, no ha mucho, el 22 de Agosto de 1888, la patria rindióle alto tributo de admiración, celebrando grandioso jubileo en su honor. Ihering cumplía entonces setenta años (2).

De todas estas rápidas indicaciones, una conclusión nos importa. Ihering es un hombre dedicado con alma y vida á la ciencia del derecho. Esto explica lo amplio, lo completo de su obra jurídica. Mas para explicar mucho de la índole especial que, según veremos, reviste ésta, es preciso anotar otro dato. Ihering fué un romanista decidido. Según se desprende, no tanto de su misma teoría cuanto de algunas indicaciones que

---

(1) Véase mi libro sobre *La enseñanza del Derecho en las Universidades.*

(2) Impreso, compuesto y hasta publicado este estudio en la *Revista de legislación y Jurisprudencia*, leemos en un periódico que ¡el insigne Ihering ha muerto! Era, como dice uno de los periódicos en que leímos tan fatal noticia, el primer jurisconsulto, quizá, de Alemania; la ciencia del Derecho pierde en Ihering, que deja por terminar su obra más transcendental *(El fin en el Derecho)*, uno de sus representantes más insignes. Luto riguroso debe vestir sin duda. No pudiendo transformar el presente estudio, para apreciar la obra ya desgraciadamente concluída de Ihering, nos limitaremos á rendir desde aquí sincero homenaje á la memoria del ilustre escritor...

pueden recogerse en sus libros, debió ser Ihering al principio un discípulo de Savigny, un continuador del espíritu de la escuela histórica. Verdad es que luego se convierte en franco y leal adversario, ya de Savigny, de Puchta y Bruns, cuyas ideas combate, por ejemplo, en la *Teoría de la posesión*, ya de la escuela histórica como tendencia jurídica, cual puede verse en *La lucha por el derecho* y en algunos pasajes del *Espíritu del derecho romano;* pero esto no importa para que se deban explicar ciertas trabas que sujetan á Ihering y le hacen ver el derecho de cierta manera excesivamente material y egoísta, por el influjo que en su educación jurídica ejerce el estudio del derecho romano y la preparación de sus ideas fundamentales bajo la acción de los entusiasmos ardorosos de los partidarios de la escuela histórica en pró de aquella admirable construcción *lógica* de un derecho *racional*, que es la grande obra del pueblo rey.

III

Considerada la producción literaria jurídica de Ihering, se ofrece al pronto con extraordinarias proporciones y sin orden y trabazón lógicas. Compónenla publicaciones jurídicas todas, pero de muy diverso carácter. Por una parte tenemos disertaciones aisladas é independientes sobre puntos importantes del derecho, ya de derecho romano, ya de derecho positivo alemán, ya de índole más general y con un fin de propaganda científica. Por otra, tenemos obras de proporciones verdaderamente monumentales, pero de índole *al parecer* diversa, pues mientras una tiene un carácter marcadamente histórico, ó al menos filosófico-histórico y se refiere á un determinado derecho positivo (el romano), otra es, por el contrario, una obra de carácter filosófico, un verdadero tratado de Filosofía del derecho (1).

---

(1) He aquí una nota detallada de las obras de Ihering según una in-

Para nuestro fin inmediato, las obras que más importan son las dos últimas á que acabo de aludir, á saber: El *Espíritu del derecho romano* y *El fin en el derecho*. Ahora bien; á pesar de su opuesto carácter y del diverso contenido, se pueden establecer entre ellas lazos tales de relación, resultado sin duda de un criterio unitario personal en el autor, que no es aventurado afirmar que ambas obras se completan, y que ambas indican el admirable génesis de una grandiosa concepción jurídica; tan grandiosa, que quizá puede reputarse, con ciertos distingos y limitaciones, como la que mejor refleja la actual situación crítica del pensamiento científico y de la misma conciencia popular en lo tocante al derecho.

El *Espíritu del derecho romano*, resultado de una revisión de los fundamentos del derecho positivo de Roma, hecha á la luz de una crítica con procedimientos ignorados de Savigny y bajo la preocupación en que todo espíritu serio y honrado vive respecto de lo inseguro de los principios transcendentales en que el derecho descansa, refleja de un modo exacto, por una parte, las nuevas aspiraciones, hijas de nuevas necesidades que el de-

---

dicación del traductor francés de la *Lucha per el derecho*, Sr. Meulenaere: *De hereditate possidente*, 1842.—*Abhandlungen aus dem Römishen Recht* (Disertaciones de Derecho romano, que comprende tres muy interesantes), 1844; *Civilrechts fällen ohne Entscheidungen* (Cuestiones de derecho civil sin solución), 1847.—*Jurisprudenze im täglichen Leben* (Jurisprudencia de la vida diaria), 1870. Una porción de disertaciones publicadas en el *Anuario de dogmática del derecho privado romano y alemán actual*. Ihering las coleccionó en tres gruesos volúmenes; de ella forman parte las monografías sobre la Posesión. *Geist der römischen Recht (Espíritu del derecho romano)*, cuatro volúmenes por terminar, 1877-88. Hay traducción española.—*Das Schuldmoment im Römishen Privatrecht* 1867. (La falta en derecho privado romano).—*Der Kampf um's Recht* (La lucha por el derecho), 1889. Ultima edición. Hay traducción española.—*Der Zweck im Recht*, 1877-86 (*El fin en el derecho*) por concluir; falta el tomo 3.º—*Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (es un escrito humorístico y satírico, en que trata de algunas cuestiones de derecho) 1889.—*Der Besitzwille (La voluntad en la posesión)*, 1889.—*Besitz*, 1889, en el *Diccionario de ciencias políticas*, de Conrad, y otras.

recho romano no puede satisfacer; por otra, la tendencia irresistible del sentido realista que rompe de pronto con los formalismos lógicos en que se encastillaban los antiguos romanistas. Además, el *Espíritu del derecho romano* es, con respecto al mismo Ihering, la revelación literaria del proceso interno que sigue el espíritu científico del insigne profesor al formarse, y mediante el cual se elaboran los conceptos jurídicos fundamentales cuyo desarrollo constituye el contenido riquísimo de la otra obra que dejo citada: *El fin en el derecho*. Por eso decía que ambas se completan, y aun añadiré que no se tiene cabal idea de la concepcion jurídica de Ihering sin conocer ambas, pues contrayéndose el estudio á la primera, no aparece claro el aspecto ético que Ihering asigna al derecho, y limitándose el estudio á la segunda, no es fácil explicar cómo Ihering, que ve ese aspecto ético del derecho, considera á éste sólo como un fenómeno y función sociales, como una tarea del Estado. Es preciso penetrar muy en el pensamiento íntimo del autor para dar el valor que realmente tienen sus palabras y sus ideas en *El fin en el derecho*, y tener en cuenta que el autor de este gran libro es el romanista de el *Espíritu,* para comprender las contradicciones á que aludo.

IV

Antes de intentar exponer las principales ideas jurídicas de Ihering, conviene definir ciertos caracteres de su personalidad, digámoslo así, *literaria:* pues por raro privilegio de la fortuna, Ihering es un jurista que tiene dentro un literato... hasta un poeta... Ihering, en verdad, distínguese de la generalidad de los juristas y de los escritores que suelen hablar del derecho, porque es un verdadero *artista* del derecho. El derecho se ofrece á su espíritu con un aspecto poético. No es sólo objeto de estudio, no es materia de discursos y de códigos y de textos, es objeto del sentimiento, es alimento del alma, es tema lleno

de armonías, algo que conmueve las fibras más delicadas del corazón. Ihering se entusiasma con aquel entusiasmo que nace de la contemplación estética, ante el espectáculo que ofrece el derecho en la realidad.

¡Ah! Y es este un mérito extraordinario. Infundir en los textos muertos, en las expresiones prosaicas del derecho escrito, en las leyes, el espíritu de quien sabe sentir las palpitaciones vivas de una existencia animada y fecunda, romper con la rutina que reduce el estudio del derecho á razonamientos lógicos, llenos de aspereza y sequedad, sin alma, sin sangre... es algo que merece notarse por lo poco común.

Pero aun hay más. Probablemente, en virtud de esta índole poética de su espíritu, Ihering ha llegado á ver el derecho como lo ve, como un todo orgánico que se transforma según la ley del medio, que cambia con las necesidades fundamentales de la vida, que no se contiene ni agota en fórmulas insustituíbles. Esto le ha inducido, sin duda, á estudiar el elemento dramático del derecho al realizarse (1), y á poner de manifiesto los grandes conflictos jurídicos que hay siempre en los más grandes y poéticos conflictos humanos.

Muchas páginas pudiéramos citar en el *Espíritu del derecho romano*, en las cuales es preciso señalar al lado del razonamiento del historiador, de la sutileza del jurisconsulto, ese entusiasmo del poeta, del que ve, á través de los documentos, al hombre vivo con todas sus pasiones buenas y malas. La pintura del *Estado* romano, el aparecer del derecho en la vida social, la determinación de los estímulos y motivos del derecho (toda una psicología jurídica), y otros temas mil, están tratados por Ihering de un modo que seduce y atrae, como atraen y seducen las obras de un literato verdadero. No quiero alargar demasiado este estudio, copiando aqui muchos pasajes de Ihering; pero no puedo menos de hacerlo de uno en que se revela extraordinariamente esa cualidad que en él señalo. Acomete el in-

---

(1) V. *La lucha por el derecho.*

signe escritor el gravísimo y oscuro problema «de arrancar al derecho antiguo la palabra de su origen y de su fin» (1). Ihering experimenta aquel placer extraño que experimenta todo el que ama lo misterioso é indeciso de la vida humana en los comienzos de la historia, y exclama: «Sí, yo siento un encanto indecible al copiar la marcha del espíritu humano á través de las vías más oscuras de su actividad prehistórica: gusto de descubrir esas galerías en ruinas que el tiempo ha interrumpido, y que abrió pacientemente la mano de los hombres. Mi espíritu se exalta al sorprender y revelar la prueba de que miles de años ha, en ese mismo lugar, reinaba una incesante y laboriosa actividad, elaborándose una creación circunspecta y juiciosa; que ese mundo subterráneo del derecho, con sus fundaciones profundas no es la obra de una potencia natural, ciega, sino el hecho libremente querido, y la gloria del pensamiento de los hombres»...

***

Decía que probablemente esa cualidad poética que existe en Ihering, habrá influído muchísimo en su manera de ver el derecho. Lo que se puede asegurar es, que gran parte de las críticas acerbas de nuestro autor contra los excesos del formalismo jurídico, contra el predominio del aspecto *lógico* en el razonar teórico de los jurisconsultos, y aun en la *concreción* de las instituciones, sobre el aspecto real que nace de la imposición diaria del estímulo (fin), de la necesidad variable y del momento, se explica, en virtud de su tendencia á concebir el derecho, como carne de nuestra carne, como vida de nuestra vida, como fin querido de una serie inmensa de luchas y de esfuerzos. Mientras el derecho sea como «se lee en muchos libros recientes, no más que una creación de la dialéctica jurídica, para

---

(1) *Espíritu*, etc., t. IV, pág. 306.

cuya inteligencia no son necesarios los puntos de vista prácticos» (1), el derecho no puede concebirse como elemento sustancial de la vida, con su aspecto animado y bello, con su armonía íntima, con sus procedimientos dramáticos, con todo, en fin, lo que es base de su posible consideración estética.

V

Una exposición detenida de la obra jurídica de Ihering no es posible hacerla aquí. Necesítase para esto un espacio del que no disponemos, por muy amplias que fuesen las proporciones que á este estudio se quisieran dar. Por eso, prescindiendo de muchas cuestiones importantísimas sin duda, he de contraer mi atención á indicar cuál debe de ser el concepto del derecho de Ihering, procurando señalar su posición en el movimiento jurídico contemporáneo.

En Ihering hay una grandiosa y original *intuición* del derecho en lo que tiene éste de esencial y de todos los tiempos, que no se ha desarrollado en toda su rica plenitud y de un modo natural, orgánico, por dos causas quizá, á las cuales ya he aludido antes, á saber: 1.º Por el predominio en el jurisconsulto del estudio del derecho romano. La educación jurídica de Ihering es la de un verdadero romanista, y el derecho romano, con sus fórmulas, con sus soluciones hechas para todos los problemas de la práctica del derecho, no es la mejor escuela para poder elevarse á una concepción ideal, abierta siempre, del derecho, como principio vital y fecundo, y eternamente adaptable á las más diversas condiciones. Cierto que Ihering rompe según hemos visto, con el criterio formalista y proclama el empleo de un método realista de investigación; pero esto no obsta para que el influjo de los estudios históricos del derecho romano se dejen sentir, v. gr., en el predominio que en su idea

(1) Obra citada, t. IV, p. 309.

del derecho tiene el elemento económico, el lado del fin y del estímulo. 2.º Por la importancia que da al aspecto social del derecho. Ihering no entra directamente en el elemento interno del derecho, que excluye del mísmo y define como característico de la *moral*. Para él el derecho es siempre función y fenómeno sociales, que encuentran su encarnación viva en el Estado.

Pero, y he aquí la gran dificultad que existe para interpretar debidamente el concepto del derecho de Ihering, no puede decirse que éste se queda como encallado en el concepto reinante, genuinamente kantiano del mismo, según el cual el derecho es mera relación exterior, social, para hacer posible la coexistencia de las libertades mediante el empleo de la coacción. No; Ihering, por de pronto, exige al derecho un contenido, que es el estímulo, en virtud del cual el derecho se produce. En su crítica admirable de la teoría de la voluntad (1) rechaza las definiciones todas (2) que hacen consistir el derecho en la mera facultad de obrar ó de obligar, abogando por la necesidad de darle un elemento *sustancial*, que en su sentir no es otro que el de la *utilidad* ó el *provecho*, y un elemento *formal*, que es la *protección*, la *garantía*, llegando á afirmar que los *derechos son los intereses jurídicamente protegidos*. En otro lugar, inspirándose en Krause, Ahrens y Röder, advierte, contra los que no ven lo esencial del fin en el derecho, que cuando se reconocen derechos al niño ó al loco, «no es en atención á su capacidad posible, ni depende esto del capricho arbitrario del

---

(1) *Espíritu del derecho romano*, t. IV.

(2) Las definiciones que copia Ihering son las siguientes: «La facultad de poder hacer nosotros mismos una cosa, ó de exigir de otro que él haga ú omita una cosa para nosotros (Mackeldey, Seuffert). Facultad de obrar ó abstenerse (Mühlenbruch). La facultad fundada sobre una regla válida de obrar libremente y de una manera determinada sobre el mundo exterior (Wening-Ingenheim). Derecho y facultad de coacción significan la misma cosa (Kant). El derecho es la posibilidad de la coacción garantida por la ley (Thibaut).— V. *Espíritu del derecho romano*, t. IV, párrafo 70 y nota 486.

legislador; como todo ser humano, llevan sus derechos escritos sobre su frente. Las necesidades humanas de toda especie, esta fatalidad de la naturaleza animal del hombre, y el que todos los derechos subjetivos tienen por primer fin satisfacer en la forma asegurada por el derecho las necesidades de la vida, no se imponen con más autoridad á una persona que á otra. Lejos de eso, cuanto menos capaz es una persona para atender á esas necesidades, más grande es respecto de ella la misión del Estado» (1).

Como se ve, en este pasaje hay esa gran intuición á que aludo del contenido necesario del derecho: el bien, y de las condiciones en virtud de las cuales este *bien* determina por sí mismo la obligación. Pero Ihering prescinde de esto más tarde, y tanto en el *Espíritu del derecho romano*, como en *El fin en el derecho* (sobre todo en éste) (2), atiende casi siempre en la relación jurídica al lado de la exigencia principalmente, y asigna como caracteres esenciales del derecho los formales y externos, por virtud de las cuales el derecho es norma impuesta desde afuera, en defensa de las exigencias ó fines (que estimulan á vivir) por el Estado, y cuyo cumplimiento constituye la condición de la existencia de la sociedad (3). Así llega á afirmar: 1.º Que lo que promueve la existencia del derecho, lo que nos estimula á vivirle, según él, no es sino el deseo de la paz social, la necesidad de condicionar la vida de la sociedad.

---

(1) Obra citada, t. IV, pág. 323.

(2) *Der Zweck im Recht*, t. I.

(3) La rectificación de este sentido, que ya se advierte también en *La lucha por el derecho*, se hace de un modo contundente por Leopoldo Alas en el Prólogo á mi traducción española de este folleto, especialmente en las páginas XIX y siguientes. Para comprenderlo bien debe verse *El derecho y la moralidad* del mismo Sr. Alas, y para completar el estudio de la tendencia á que responden las ideas que este escritor sostiene, debe consultarse Giner, *Derecho natural*, *Curso de Filosofía del derecho* y *Notas* á la trad. esp. de la *Enciclopedia jurídica* de Ahrens, especialmente T. I. Puede verse también *Ideal de la humanidad*, de Krause, por Sanz del Río, y también *La idea del derecho*, Röder, trad. Giner.

Y 2.° Que el derecho es el conjunto de condiciones de la existencia de la sociedad, aseguradas ó garantidas mediante la coacción exterior por la fuerza de que dispone el Estado. Sólo teniendo en cuenta que Ihering no prescinde de fijar el fundamento esencial de estas garantías en el respeto profundo á los fines humanos, se puede sostener lo que antes digo respecto á la intuición total del derecho.

Porque, á la verdad, si se prescinde en el derecho de la idea de la *cualidad* del fin, y por otra parte se prescinde de la idea de obligación, esto es, que en todo derecho hay frente á un fin racional, un ser que está obligado (y puede estarlo sólo siendo ser de razón) á cumplirlo. ¿Qué queda del derecho? Sólo un mecanismo indiferente, ciego, de adaptación de medios ó fines por la fuerza, por la coacción que el Estado ejerce. Ese es el camino precisamente que conduce á los formalismos lógicos, á las cristalizaciones y acartonamientos de los juristas, que Ihering condena.

Por esto, es necesario al definir el derecho sin prescindir de la condición exterior bajo que en determinada esfera puede cumplirse, atender sobre todo al elemento interno, es decir, á la elaboración del mismo en la conciencia, pues sólo fundándose en la conciencia, esto es, sólo apoyándose en la espontaneidad y libertad de los seres de razón, se cumple el derecho.

Lo que hay en Ihering es, que contemplando la producción histórica del derecho, que al principio se ofreció como el *poder material* limitándose á sí mismo en su propio interés, que siempre se revela bajo la forma material de coacción, y expresándose en normas con caracter impositivo y como función del Estado, al determinar á aquél en su idea, no puede prescindir de toda esta *sugestión* de la historia, y asigna como esencial del *derecho en sí* lo que no es más que condición (necesaria?) de su realización en determinados momentos. Téngase en cuenta, si no, que si prescindimos del fondo, esto es, del contenido del derecho, como relación entre los fines *racionales* de la vida y la *libre* acti-

vidad de los seres, en ese caso no hay criterio posible para discernir en la obra del llamado *derecho positivo*, en esas manifestaciones impositivas del Estado, la acción brutal y tiránica del poder y la injusticia que se anida en las leyes, de la realización social del verdadero *derecho*; no hay criterio para discernir, en aquella hermosa lucha de que el mismo Ihering nos habla tan elocuentemente en su obra más divulgada y conocida, quién es el defensor de la justicia...

Otra consecuencia de estas limitaciones conque se desenvuelve el concepto del derecho en Ihering, es que éste tienda á ver en él, más bien un orden de provecho, de utilidad, de interés, un orden, en suma, de egoísmo, que de abnegación, de desinterés, de sacrificio. Ahora bien: si consideramos el derecho en la relación, se advierte que lo caracterísco en él es precisamente esto último. En efecto, sólo teniendo en cuenta que hay *quien* se siente *capaz* de obligación, hay relación jurídica posible. Exigencia, finalidad, estímulo para vivir según el principio del egoísmo, existen en el mundo animal, en todo el mundo orgánico; lo que convierte esas exigencias y finalidades en *jurídicas*, es que pudiendo referirse por el engranaje misterioso de la realidad al sistema general de la vida necesaria, dependen en su satisfacción y cumplimiento de la aplicación adecuada de condiciones que están dentro de la esfera de la actividad *libre* de un ser (1). Y cuenta que sólo infundiendo esta idea, de que el derecho, para ser cumplido, depende más del ser de la obligación que del de la exigencia, el cual al exigirlo puede cumplir un deber, (lucha por el derecho), sólo infundiendo esta idea, repito, se puede levantar en las sociedades el espíritu jurídico, harto caído y frío.

La diferencia fundamental entre la vida racional y la vida de lucha y de combate regida por los estímulos de las pasiones ciegas, está en que la conciencia afirme como ley el derecho; pero no entendido esto como exigencia que no reconoce más

---

(1) V. acerca de esto, Giner y Calderón, *Resumen de Filosofía del derecho.*

que su aspiración á ser satisfecha, sino entendido como orden de abnegación, como sistema de prestaciones y servicios. Se comprende que el espectáculo de la historia humana, con sus luchas, con sus poderes que vienen por la fuerza á establecer, en cuanto es posible, una paz material, un *modus vivendi*, induce á ver el derecho en esa fuerza misma que impone el cumplimiento de los fines á quien no se conceptúa obligado y se niega; pero la reflexión debe procurar vencer tales obsesiones y reobrar, para conseguir que cada vez sea la vida racional más dulce y noble, más expansiva y menos egoísta, inspirándose más en el deber y menos en la exigencia, sobre todo en esa exigencia regulada *a priori* por las leyes ó por los Códigos, y que se hace efectiva ante los Tribunales de justicia. ¿Dónde, en verdad, puede darse una idea más pobre, más estéril y limitada del derecho, que esa que toma como norma jurídica de vida las relaciones determinables ante el juez y que tiene como criterio para fijar sus exigencias jurídicas el de que la coacción sea posible? No, el derecho pide más alto ideal, más amplia esfera, más juicio personal, más espontaneidad, más vida interior; pide, sobre todo, una plena posesión de sí, un alma templada, según predica Tolstoï, en la gran virtud de la abnegación que prescribe el cristianismo...

Mientras esto no ocurra, el derecho será objeto del comercio vulgar, de disputa de leguleyos y sofistas, capa con que se cubren á nombre de la existencia social y de superiores necesidades de orden... las más bajas y adyectas pasiones, el egoismo más refinado y cruel. ¡Bienaventurados los que sufren persecución *de la justicia!*...

No podía Ihering desconocer todo esto; y en su obra *El fin en el derecho* (en el tomo segundo, al final), después de exponer el derecho como hemos indicado, al investigar en la realidad misma su efectuación, y al considerar cuales soportes deben dársele para que no resulte un mero mecanismo de fuerzas ciegas, y la sociedad sometida sólo al poder coactivo... un rebaño de bestias que obran bien ante el temor del látigo (el Código

penal...), señala la interna motivación por la que el hombre espontáneamente va hacia el bien y respeta el derecho... Pero según Ihering, esta indagación sale de la esfera en que el derecho se contiene y cae de lleno dentro de la moral. El amor y el sentimiento del deber *(das Pflichtgefühl)*, son pura moralidad... Verdad es que añade que sin ellas el derecho carece de base firme, el derecho no es posible. Hay en todo esto, quizá algo de cuestión de nombres. La moral, para Ihering, lo mismo que el derecho, tienden á hacer posible la vida social, estableciendo un orden de relaciones de paz, y produciendo sentimientos de respeto y de mutuo auxilio. Pero el derecho, como norma coactiva, es impotente para conseguir lo que ahí se pide. Por mi parte, no llamaré derecho á esa norma coactiva *en sí*, en cuanto ni es eficaz para hacer efectiva la justicia sin un contenido *moral*, ni ella *por sí* implica de un modo necesario que el derecho se cumpla, por ejemplo, cuando el poder coactivo está en manos de un tirano. Lo coactivo, lo exterior, lo formal, la garantía, implican para ser jurídicas que sean *en sí justas*, es decir, que hay que salir de ellas para que puedan reputarse en el derecho. Lo esencial de éste, está en que al manifestarse la coacción, sea en virtud de hallarse obligado á obrar el Estado; lo cual ocurre cuando la obligación se desconoce por quien primero *debe* cumplirla. Esto, aparte de que si el derecho dependiera para ser cumplido de que fuera posible la coacción por el Estado..., medrado andaría el cumplimiento del derecho (y así anda).

Y siendo esto así, ¿por qué dar nombre de derecho á aquello que no tiene lo característico de la relación jurídica? ¿Por qué denominar moral á aquella esfera interna, íntima, que es precisamente donde se elabora la idea de obligación, y en donde debe iniciarse el espontáneo movimiento del cual *depende siempre* que el derecho se cumpla?

En este punto se ve en Ihering lo que ya indicaba: el influjo del concepto del derecho que impone el estudio del derecho positivo, especialmente del romano. Sólo á fuerza de querer

penetrar en el fondo de la vida humana y de romper con el formalismo jurídico, interpretando los textos y las instituciones, no según los principios lógicos, sino según los estímulos y necesidades de la realidad, llega Ihering á encontrar incompleto el concepto del derecho y á considerar necesario acudir al contenido de la moral...

*
* *

Pero no debo insistir más sobre este punto. La posición de Ihering en la Filosofía del derecho resulta bien definida. En lo relativo á la manera de considerarle, Ihering rectifica la escuela histórica y hace esfuerzos admirables para romper con la concepción kantiana, buscando en las inspiraciones de Leibnitz, de la escuela filosófica de Krause, Ahrens y Röder, y aun de Stahl, un complemento, para dar al derecho una base *ética*.

VI

Conviene ahora aludir á otro aspecto modernísimo de la obra jurídica de Ihering, y el cual sirve para acabar de definir su actual posición filosófica. Me refiero al que resulta de la importancia que, según ya he dicho, da nuestro autor á la vida social del derecho. *El fin en el derecho*, que según el propio Ihering, debería llamarse *La Teleología del orden moral en la vida*, tiene como objeto predominante el estudio de la formación del derecho en el organismo social. Considerado aquél como una función fundamental de este organismo, es preciso, dado el concepto, y para comprender la ley de su evolución, atender á las condiciones en que dentro de la sociedad y según sus exigencias el derecho se produce (1). En tal respecto,

(1) Este problema, que es el nucleo de las relaciones entre la Filosofía del derecho y la Sociología, se estudia hoy en Italia y en Alemania con gran detenimiento. V. la interesante obra del Sr. Anzilotti, *La Filosofia del diritto e la Sociologia*.

Ihering puede considerarse como uno de los jurisconsultos que ponen las bases más principales en que ha de apoyarse la futura *Sociología*. Precisamente esta modernísima ciencia en la mayoría de sus más ilustres representantes, carecía de lugar para la concepción adecuada del derecho, como fenómeno que tiene un aspecto sociológico. De ahí que el estudio de Ihering tenga un interés extraordinario para determinar los estímulos reales de la vida que provocan la formación del derecho y que condicionan su cumplimiento. En este punto la obra de Ihering, con los estudios de Post, Stein (1), y la gran obra sociológica de Schäffle (2), deben considerarse entre lo más importante que para llevar al derecho las conclusiones y aspiraciones de la Sociología se ha publicado en Alemania.

Ihering tiene en este respecto un valor particular. Generalmente la Sociología, hasta ahora, fué obra de... sociólogos, economistas, naturalistas, en general, de gente preparada en el estudio de las ciencias naturales ó de las ciencias sociales. Faltaban jurisconsultos. Ihering, que no se propone directamente el problema sociológico, sino el jurídico, por su concepción social del derecho y por la aplicación de un método realista al estudio de las condiciones en que el mismo se produce socialmente, introduce en la Filosofía del derecho los elementos necesarios para darle una base sociológica, y por otra parte prepara el terreno para que la Sociología comprenda todo

(1) *La ley natural del derecho (Das Naturgesetz des Rechts).* La tendencia á que aludimos en el texto, se acentúa en Post en obras posteriores. V. *El origen del derecho (Der Ursprung des Rechts)*, 1876.—*Los comienzos de la vida del derecho y del Estado (Die Anfang des Staats und Rechtslebens)*, 1878.—*Materiales para una ciencia general del derecho fundada en la Etnología comparada (Bausteine für allgemein Rechtswissenchaft aut vergleichend ethnologischer Basis.)*, 2 vol., 1880 81.—*Los fundamentos del derecho y los rasgos generales de su desenvolvimiento histórico (Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwickelungsgeschichte*, 1884.—Debe citarse Stein, *Gegenwart und Zukunst der Rechts und Staetswissenschaft*, 1876.—*(Presente y porvenir de la ciencia del derecho y del Estado).*

(2) *Estructura y vida del cuerpo social.*

el valor que los fenómenos jurídicos tienen en la estructura y vida del organismo social. Puede asegurarse que la obra de Ihering será utilísima para la futura concepción sociológica del Derecho y del Estado, y más aún, para la más completa y orgánica formación de la Sociología, que hasta ahora, salvo en Schäffle, no solía tener tan en cuenta como debiera el orden moral y menos el orden jurídico.

***

Y no considero oportuno añadir más. El examen de las ideas jurídicas de Ihering queda con lo dicho esbozado apenas; pero no puedo darle aquí mayores proporciones. Quizá tengamos ocasión de volver sobre el asunto, y entonces se procurará insistir acerca de la importancia que, para las relaciones entre la ciencia del Derecho y la Sociología, tiene la obra realizada por Ihering. Esa ocasión puede ofrecérsenos pronto, si, como espero, á la publicación en español de la monografía que va á continuación, sigue la de otras no menos interesantes del mismo autor insigne.

Oviedo, Septiembre, 1892.

Adolfo Posada.

INTRODUCCIÓN

Ninguna monografía sobre el derecho romano habrá despertado seguramente tanta admiración y aprobación de una parte, á la vez que oposición de la otra, como la de Savigny, acerca de la posesión: todo, á mi ver, con justicia. Tendrá siempre la gloria Savigny de haber restaurado en la dogmática del derecho civil el espíritu de la jurisprudencia romana; y sea cual fuere en definitiva el resultado práctico que de ello se obtenga, aquel mérito no sufrirá detrimento alguno. Pero el reconocimiento de ese mérito no debe ni puede impedir á la ciencia someter las opiniones de Savigny á nuevo examen, y ni aun puede contener á la crítica aquel anatema lanzado por Puchta en un momento de mal humor y de despecho producidos por el torrente abrumador de la literatura posesoria, contra toda duda que se intentara suscitar: la experiencia lo ha demostrado y lo demostrará constantemente.

En efecto; la obra de Savigny, más que otra alguna, provoca la crítica, no en los detalles, sino en los fundamentos mismos de las opiniones, y sería á mi ver un síntoma de agonía del sentido y del juicio jurídicos, una prueba de decrepitud, que nuestra ciencia, ante los

enigmas que ha provocado la teoría de Savigny sobre la posesión, se diese por satisfecha.

Desde el primer momento en que yo pude formar un juicio científico independiente, me he encontrado en contradicción con esta teoría sobre puntos esenciales. Sin embargo, me creí obligado á no exponer públicamente mis opiniones sino después de haberlas sometido á investigaciones numerosas. He practicado éstas en gran escala; y sin pretender que en ellas se encuentre una garantía objetiva de la verdad, á lo menos me atrevo á asegurar que nada he omitido para lograr alcanzarla subjetivamente. La dificultad primera con que he tropezado en la teoría posesoria de Savigny, refiérese á la cuestión del *animus domini*, y ya en 1848 he expuesto en mis lecciones, el fondo de la opinión que se encuentra desarrollada en el cap. 3.º Otros puntos de divergencia se me ocurrieron en seguida, particularmente en la doctrina del *constitutum possesorium* y en la cuestión del fundamento de la protección concedida á la posesión. Tales puntos harán el objeto de estudios que se sucederán por este orden:

I. *Fundamento de la protección posesoria.*
II. *Naturaleza jurídica de la posesión.*
III. *El animus domini.*
IV. *El constitutum possessorium.*

EL FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN POSESORIA

I

Ojeada general.

¿Por qué se protege la posesión? Nadie formula tal pregunta para la propiedad. ¿Por qué, pues, se agita respecto de la posesión? Porque la protección dispensada á la posesión tiene á primera vista algo de extraño y contradictorio. En efecto, la protección de la posesión implica además la protección de los bandidos y ladrones: ahora bien, ¿cómo el derecho que condena el bandidaje y el robo puede reconocer y proteger sus frutos en las personas de sus autores? ¿No es eso aprobar y sostener con una mano lo que con la otra se rechaza y persigue?

Cuando una institución existe después de siglos, ningún hombre dotado de juicio imparcial puede sustraerse á la convicción de que debe estar fundada en motivos imperiosos, y de hecho, la necesidad de la protección posesoria no ha sido nunca puesta seriamente en duda. Pero se está muy lejos de haber llegado á un acuerdo unánime respecto de sus motivos.

Algunos autores, especialmente los antiguos, eluden por completo el problema; se conforman, como sucede á menudo, con el hecho consumado. Pero si existe hecho alguno necesitado de explicación, es este de seguro. Así lo comprendió Savigny y por eso procuró explicarlo. Su respuesta, sin embargo, á pesar de la aprobación que al principio encontrara, no ha podido al fin sostenerse, intentándose en diferentes ocasiones

resolver el problema de distinta manera; y así quiero yo ahora intentar á mi vez buscar una nueva solución. El interés del asunto no es en modo alguno privativo de la filosofía del derecho y del arte político legislativo, como á primera vista pudiera creerse, sino que tiene una gran importancia dogmática, y espero demostrar que su solución exacta es no sólo la primer condición para la buena inteligencia de la teoría posesoria toda, sino que también conduce á resultados prácticos importantes.

La circunstancia de que las soluciones dadas á esta cuestión no han sido hasta la fecha reunidas en vista de una crítica general, y para ser sometidas á un juicio exacto, me obliga á dedicarme ante todo á esa tarea (1). He procurado clasificar tales soluciones, análogamente á las teorías del derecho penal, distinguiendo así las teorías *absolutas* y las teorías *relativas*.

Las teorías *relativas* de la posesión investigan el fundamento de su protección, no en la posesión misma, sino en consideraciones, instituciones y preceptos jurídicos extraños á ella; no es protegida sino para dar á otros la plenitud de su derecho; por sí misma la posesión no puede concebirse.

Las teorías *absolutas*, por el contrario, tratan de concebir la posesión considerándola en sí misma y por ella misma. La posesión no debe su protección y su importancia á consideraciones y puntos de vista que le sean extraños, sino que por sí misma es por lo que pretende ser reconocida jurídicamente, y el derecho no puede negarle este reconocimiento. Una de estas teorías encuentra el fundamento jurídico de la posesión en la *voluntad*. La posesión es la voluntad en sí, el hecho, pues, por el cual la voluntad humana se realice sobre las cosas, y que debe ser reconocido y respetado por el derecho sin examinar si es útil ó dañoso; es un derecho primordial de la voluntad el de que se reconozca la posesión, tanto por el le-

(1) Debe hacerse no obstante mención especial de Randa. *Der Besitz nach österr, Recht.* (La posición en el derecho austriaco.)

gislador *in abstracto*, como por el Juez *in concreto*, cuantas veces tengan que ocuparse de ella. En suma, el poseedor puede reclamar el reconocimiento de la protección con el mismo derecho que el propietario. A esta necesidad de proteger la posesión, fundada en el carácter *ético* de la voluntad, se opone otra teoría con la necesidad *económica* de la posesión. La posesión es tan económicamente necesaria como la propiedad; ambas no son sino formas jurídicas bajo las cuales se realiza el destino económico de las cosas para satisfacer las necesidades de la humanidad (1).

Según esos dos puntos de vista diferentes, agrúpanse á con-

---

(1) Consideramos oportuno no dejar pasar sin la debida aclaración crítica esta oposición que desde luego se propone entre lo *ético* y lo *económico* de la posesión como de la propiedad por los autores, y que suele servir para que resulten dos conceptos diferentes, según se trate de *jurisconsultos* ó de *economistas*.

En efecto; aun cuando quepa distinguir en la posesión el aspecto *ético* del *económico*, no son fundamentalmente opuestos, á no ser que se tome lo económico en el sentido de la utilidad indiferente de la motivación moral del obrar (de la conducta). Mas como lo económico al cabo se revela comó la relación de medio á fin de la actividad humana (exteriorización de la voluntad), con la naturaleza física, para aprovechar los medios que ésta ofrece como condición de que depende la satisfacción de necesidades racionales, no puede aquella actividad ser de cualquier manera, sino siempre según el derecho y la moral, es decir, según las exigencias que impone á la conducta del hombre el ser persona, esto es, ser de razón. Por eso, en cuanto la *posesión* es el primer *paso* de la voluntad *exteriorizándose*, para obtener los medios que son la condición del cumplimiento de una relación jurídica (no *meramente* de la de propiedad de las cosas materiales), si por una parte, tratándose de la propiedad, se funda en la exigencia racional económica, por otra se legitima tan sólo en vista del carácter racional de esta misma exigencia, que es la que determina al sujeto de razón á obrar, como ser jurídico. Por donde se ofrece el aspecto *ético* necesario de la posesión, el cual quizá explica, mejor que otras hipótesis examinadas en el texto é inspiradas en el derecho romano y en los prejuicios del derecho positivo, su *protección*, así como sirve para distinguir al ladrón que tiene materialmente la cosa, del que la tiene en justicia (poseedor) ó la tiene bajo la creencia sincera de un derecho á ella *(bonæ fidei possessor)*.—*(N. T.)*

tinuación las varias opiniones que existen, sin ocultar, por lo demás, que no puede hacerse tal cosa con la precisión y claridad que son posibles cuando se trata de las teorías del derecho penal.

Por otra parte, la distinción ha sido hasta aquí tan poco acentuada, que se encuentran en ciertos autores los ecos de los dos sistemas á la vez (1). Quizá este ensayo contribuya á arrojar alguna luz, por lo menos, sobre ese punto.

1.—Teorías relativas

La protección de la posesión no tiene su fundamento en la posesión misma, sino

1) En la interdicción de la *violencia.*

a) Savigny acentúa principalmente el motivo *jurídico privado* que asiste al *poseedor*. (La perturbación posesoria es un *delito* contra el poseedor.)

b) Rudorff, por el contrario, se fija más en el motivo *jurídico público* que asiste á la *comunidad*. (La perturbación de la posesión es un atentado contra el *orden jurídico*.)

2) En el gran principio de derecho, según el cual, «nadie puede vencer jurídicamente á otro, sino tiene motivos preponderantes en que fundar su prerrogativa». (Thibaut.)

3) En la *prerrogativa de la probidad*, en virtud de la cual se debe suponer hasta prueba en contrario, que el poseedor que *puede* tener un derecho á la posesión tiene en realidad ese derecho (Röder) (2).

---

(1) Puchta, *Vermischte Schriften (Misceláneas)*, p. 265; Trendelenburg, *Naturrecht auf dem Grunde der Ethik* (Derecho natural fundado en la Etica), 2.ª edición, Leipzig, 1868, § 95; Gans. V. más adelante.

(2) A esta misma opinión se inclina Ahrens, el cual en su *Curso de derecho natural* dice, después de haber afirmado que la posesión es algo más que el mero poder de hecho, lo siguiente: «No obstante, cuando hay por parte de una persona el poder de hecho sobre un objeto ó la *detención* unida con la *intención (animus rem sibi habendi)* de tener el objeto para sí, la reunión de estas dos condiciones esenciales basta para constituir la posesión y ella misma

4) En la *propiedad*, la posesión es protegida:

a) Como propiedad *probable* (ó posible); tal es la opinión antigua.

---

puede regular sus relaciones jurídicas, bajo la presunción de que habrá regulado estas relaciones en conformidad con el derecho objetivo; lo que es consecuencia de este otro principio del derecho personal: que cada uno debe ser considerado como hombre honrado y probo mientras no se demuestre lo contrario: *quilibet præsumitur bonus fidei ac justus donec probetur contrarium* (página 275, tradución española).

Ahora bien; según advierten los Señores Giner y Calderón (*Resumen de filosofía del derecho,* pág. 218), en el supuesto de las opiniones de Röder y Ahrens, la posesión vendrá á ser un caso de presunción jurídica (presunción *juristantum*). Y así parecen ver la posesión los mismos citados filósofos españoles. «La relación, dicen, en que el sujeto se coloca respecto del objeto de que dispone, es una manifestación de voluntad. Ahora bien; debe suponerse conforme al principio general que presume *intachable* á toda persona... que esa manifestación subjetiva concuerda con el orden de derecho, que es justa. Esto constituye una presunción jurídica de las que denominan los jurisconsultos presunciones *juristantum*, susceptible como tal de ser destruida por una prueba en contrario. Pero en tanto que esta prueba no se produce, subsiste la presunción de esa armonía entre el hecho y el derecho, y en ella se funda el amparo de la posesión.» Sobre esto de la *presunción* hablaremos más adelante; ahora diremos que, en rigor, si bien la posesión en sí misma encuentra su fundamento, según ya dijimos en la nota anterior, en cuanto es condición necesaria en general para cumplir el fin de la vida racional en el derecho, y en cuanto es, dentro de toda relación jurídica, el primer momento, y en la de propiedad, el comienzo de ésta, como dice Gans, la posesión no tiene derecho á ser amparada y protegida, sino en cuanto *es* efectivamente el sujeto de ella *intachable*, *probo*, como dicen Röder, Ahrens y Giner. Si no lo *es* no hay posesión. Es preciso distinguir en la protección: 1.°, la de la posesión en general, que descansa en la consideración de que la posesión es un momento esencial, una circunstancia precisa de la vida jurídica; 2.°, la del poseedor en *concreto*, que se funda: *a*), en la necesidad de respetar los efectos que de la posesión como momento esencial jurídico nacen, y que sólo el sujeto activo del derecho (persona) puede reconocer; y *b*), no en la *presunción*, sino en la *necesidad de ver* la probidad de la persona que posee, porque no se revela á la apreciación de otra suerte. Téngase en cuenta que la protección al poseedor se le dispensa *siempre que sea* ó resulte (como si lo *fuese* para el caso) poseedor de *buena fe*, y mientras resulte realmente en la producción exterior de la conducta que lo es. Es decir, que si por una parte la protección posesoria atien-

b) Como propiedad que *empieza.* (Gans).

c) Como complemento necesario de la protección de la propiedad; tal es mi opinión.

2.—Teorías absolutas

La posesión es protegida por sí misma, en atención á que:

1) Es la *voluntad* en su encarnación real. (Gans, Puchta y Bruns.)

2) «Sirve como la propiedad al destino universal del patrimonio, á la satisfacción de las necesidades de la humanidad por medio de las cosas y por el poder libre que sobre ellas se ejerce—su fin es conservar el estado de hecho de las cosas.» (Stahl) (1).

---

de á la institución de la posesión en sí misma, en la manifestación *concreta* de cada posesión (*el hecho*) se funda en el aspecto *ético* que se revela por los datos al sentido. *(N. T.)*

(1) Puede quizá afirmarse que todas estas teorías, unas más otras menos, se formulan bajo la preocupación natural (presión) del derecho romano. Para sentar bien el punto de vista crítico respecto de ellas é interpretar la legislación positiva filosóficamente, conviene insistir en las indicaciones de la nota anterior. Supuesta la idea de la posesión, la dificultad estriba, para el derecho positivo, en determinar adecuadamente: 1.°, qué relaciones internas presupone la posesión; 2.°, qué datos del sentido bastan para que ésta se revele, y de hecho subjetivo personal, pase á ser reconocida, declarada y protegida socialmente. El problema aquí está en si la posesión consiste en la mera posibilidad de disponer del objeto (tenencia material, si se trata de cosas físicas, *ponición de pies*, que dicen las *Partidas*), en cuyo caso todos las seres poseen, ó si se necesita la voluntad (*animus*) de tener el objeto por suyo. Indudablemente, en cuanto la posesión entra en la esfera social, esta última condición es necesaria, por más que el alcance de esa intención haya sido apreciado de muy diverso modo por las legislaciones y por los autores, por lo que pudiera implicar el *animus possidendi* ó bien el *animus domini*, y todavía limitando la intención al *animus possidendi*, la intensidad con que el tal se determina, dió lugar á muy distintos criterios, especialmente al amplio y *objetivo* de la concepción germánica (*la Gewere*), y al más ceñido y *subjetivo* de la concepción romana, y dentro de ésta á la mera *detención de las cosas*, á la posesión *ad interdicta* y *ad usucapionem*.

Según advierte Ernesto Lehr *(Traité elementaire de Droit civil germanique* Allemagne y Autriche), tomo 1.°, pág. 142, edic. 1892) «entre los jurisconsul-

II

La interdicción de la violencia como fundamento de la protección de la posesión.

La opinión de Savigny es tan conocida, que apenas si considero necesario copiar sus propias palabras (1): «No constitu-

tos alemanes antiguos la institución correspondiente, con más ó menos exactitud á la que llamamos hoy posesión, se designaba con el nombre de *Gewere*. Tal nombre, lo mismo que la palabra francesa *possession*, indicaba tres cosas distintas: 1.°, poder de hecho que se tenía sobre un fundo: 2.°, el derecho que nacía de este poder de hecho; y 3.°, el fundo mismo sobre el cual recaía ese poder ó ese derecho. Como la posesión, significaba un poder, un derecho y la cosa misma poseída.» Teniendo en cuenta las exigencias del derecho romano, por virtud de las cuales la mera tenencia no acusaba posesión y la *Gewere* sí, se ve de cuán distinto modo se llegó á entender el asunto.

En las legislaciones positivas se refleja también esta variedad en el modo de entender la posesión. Por de pronto, se cuestiona por los tratadistas respecto del alcance de los preceptos del derecho romano, pudiendo verse en Van Wetter (*Traité de la possession en Droit romain*) un resumen de las diversas opiniones, y en cuanto á las legislaciones que más ó menos han seguido al derecho romano, ya inspirándose totalmente en él, ya sufriendo su influencia, se nota bastante diversidad de pareceres. Entre las legislaciones actuales vigentes en Alemania, por ejemplo, califícase la posesión *cum animo domini* por el *Código civil austriaco* (art. 309) y *el Sajon* (art. 186), así como por el *Proyecto de Código civil bávaro* (III, 1, art. 1.°) y el *Proyecto de Código civil alemán*. En cambio el Código Maximiliano, como advierte el citado Lehr (pág. 144),

(1) *Rechts des Besitzes. (Derecho de posesión,)* Edición 7.ª, págs. 30-32.

yendo la posesión por sí un derecho, la perturbación de la misma no es en rigor un acto contrario al derecho: no puede llegar á serlo, más que si á la vez se viola la posesión y un de-

---

llama posesión, á la simple tenencia de una cosa «para sí», por oposición á la tenencia, sin ánimo alguno. Lo mismo ocurre con el *Landrecht prusiano*, que califica de poseedor á quien tiene una cosa, con intención de disponer de ella «para sí», distinguiendo entre poseedor completo é incompleto. El *Landrecht* badés no exige del poseedor más que la intención de disponer de la cosa en su propio nombre y para sí. El Código sajón, á pesar de lo antes dicho, concede las acciones posesorias á quien quiera que tenga la cosa para servirse de ella, ó á título de garantías. Entre los principales Códigos suizos, los de Berna (art. 349) y Zurich (art. 64), consideran como poseedor al que, sin el *ánimus domini*, tiene la cosa, como, p. e., el usufructuario, el colono, el arrendatario. Se procura en estos Códigos distinguir la posesión que puede implicar la propiedad de la cosa, toda ella, el *dominio*, de la posesión de un derecho, que no supone dominio, sino tal ó cual aprovechamiento de aquellos que la propiedad plena (directo y útil) entraña.

En el Código de Napoleón (art. 2230), se tiende á ver en la posesión el *ánimus domini*, y Laurent, rebatiendo á Troplong, cita estas palabras de Domat: «que la simple detención de una cosa no se llama posesión propiamente: no basta para poseer tener la cosa y que se tenga bajo su poder». Según el mismo Laurent, los redactores del Código no han reproducido la distinción de la posesión natural y civil (*Principes de Droit civil*, XXXII, 263). En cambio, de la definición del Código civil italiano (art. 685), así como de la de los Códigos italianos anteriores (Parma, Nápoles, Albertino), en opinión del profesor Lomonaco, pueden distinguirse tres clases de posesión: *natural, legítima* y *de buena fe*, ó sea, simple tenencia (garantida por el interdicto de recobrar), la posesicn con *ánimus domini* y la que sirve de punto de partida y fundamento á la usucapión propiamente dicha.

Viniendo ahora á nuestro Código civil, en primer término trata de la posesión como de relación jurídica independiente *(derecho real)*, inmediatamente después de la propiedad (tít. 5.° del libro 2.°), y respondiendo luego al criterio impuesto por la base 11, distingue entre posesión natural y civil en esta forma (art. 430): «Posesión natural es la tenencia de una cosa ó el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia ó disfrute unidos á la intención de haber la cosa ó derecho como suyos.» Para esclarecer bien el concepto legal de la posesión en el Código civil, deben tenerse en cuenta los artículos 432, 433, 438, 444, 446 y 447. Las copiamos para ver de qué suerte se regula la posesión en aquellos puntos que ahora estudiamos. Por de pronto, tenemos que «la posesión en los bienes y derechos puede tenerse

recho cualquiera. Ahora bien: eso es lo que ocurre cuando la perturbación producida en la posesión es el resultado de la violencia: en efecto, siendo toda violencia injusta, contra esta

---

en uno de dos conceptos: ó en el de dueño, ó en el de tenedor de la cosa ó derechos para conservarlos ó disfrutarlos, perteneciendo el dominio á otra persona» (342): que «se reputa poseedor de buena fe, al que ignora que en su título ó modo de adquirir exista vicio que lo invalide; y, poseedor de mala fe, al que se halla en el caso contrario» (433): que «la posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa ó derecho poseídos, ó por el hecho de quedar éstos sujetos á la acción de nuestra voluntad, ó por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho» (438): que «los actos meramente tolerados y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, ó con violencia, no afectan á la posesión» (444): que «todo poseedor tiene derecho á ser respetado en su posesión; y si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado ó restituído en dicha posesión, por los medios que la ley de procedimientos establece» (446); y que «sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño, puede servir de título para adquirir el dominio» (447).

De todo lo copiado se ve bien claramente que para nuestro Código, la posesión se ofrece obedeciendo á un criterio amplio, y que por *sí misma*, no en atención á la propiedad plena, tiene un valor esencial. Amplitud y valor que aparece aún más claro, si relacionamos el art. 446 del Código con el 1651 de la ley de Enjuiciamiento civil, el cual dice que «el interdicto de retener ó recobrar procederá cuando el que se halle en *posesión ó en la tenencia* de una cosa haya sido perturbado en ella por actos que manifiesten la intención de inquietarle ó despojarle, ó cuando haya sido despojado de dicha *posesión ó tenencia*».

Hay, pues, gran semejanza entre nuestro Código y la *Gewere* germana. Parece verse en el hecho de la posesión un estado jurídico digno de amparo y respeto, sin atender al *animus domini*, ni siquiera al *animus possidendi*, por más que esto cuando se trata de seres racionales es preciso suponerlo, pues de un modo implícito existe siempre, y la tenencia de una cosa lo supone, mucho más si se advierte la exigencia de la buena fe. Por donde á la cuestión antes planteada de si para que la relación subjetiva de la *posesión*, se convierta en relación social, reconocida y amparada, basta la mera posibilidad de disponer del objeto, las legislaciones todas, más ó menos, exigen que la voluntad se manifieste con *intención*, suponiendo la *creencia* en el poder que al sujeto asista para *tenerlo*. Esta última condición, después de todo, es la revelación del carácter ético de la posesión jurídicamente considerada.

Si ahora en breves términos quisiéramos sintetizar de qué suerte el con-

injusticia es contra la que se dirige el interdicto.—Los interdictos posesorios suponen un acto que, por su misma forma, es injusto.—El poseedor tiene derecho á exigir que nadie le perturbe violentamente.» «No hay ahí violación de un derecho subsistente por sí, fuera de la persona, sino un estado de ésta que se encuentra modificado perjudicándola; y si se quiere reparar completamente y en todas sus consecuencias la *injusticia* resultante del acto de *violencia de que la persona* ha sido víctima, es indispensable restablecer ó proteger el estado de hecho contra el cual la violencia se hubiere dirigido» (1).

La opinión de Rudorff (2) no se diferencia esencialmente de la de Savigny. En tanto que este último coloca el derecho

---

cepto romano de la posesión pasó á las legislaciones modernas, nada mejor que estas palabras del Sr. Azcárate en su importante *Historia del derecho de propiedad* (T. 3.°, pág. 111). «Conservan, dice, el concepto romano de posesión: *detentio rei corporalis animo sibi habendi*: y de aquí los dos requisitos: *corpus* y *animus domini*, esto es, la tenencia de la cosa y su retención en concepto de dueño. Pero se apartan, de un lado, en que mientras el derecho romano considera la posesión como un poder absoluto análogo á la propiedad, admitiendo sólo la que llama cuasi-posesión, respecto de determinados derechos reales, los Códigos modernos reconocen que lo mismo cuadra á éstos que al dominio, y de otro, en que el primero sólo ampara la *posesión civil* (la que conduce á la usucapión) y la *posesión* (la protegida por los interdictos); pero no la mera *tenencia*, mientras que muchos de los segundos conceden esta protección, siquiera sea pasajera y provisional, afirmando el principio de que cualquiera que sea la naturaleza de la posesión nadie puede perturbarla arbitrariamente. Además nótese que unos Códigos definen la posesión en su sentido más lato, determinando luego las varias especies de ella; al paso que otros, como el de Berna, siguiendo á los romanos, definen la que tiene mayor importancia jurídica.»

Acerca de la diferencia entre la *Gewere* germana y la *posesión*, v. Ahrens. *Enciclopedia jurídica*, tomo 2.°, páginas 357 y siguientes (trad. esp.) Ahrens cita á este propósito á Allrecht. *La posesión (Gewere) como base del antiguo derecho real alemán* y Sandhas, *Ensayos germanistas.—(N. T.)*

(1) Savigny, *Rechts des Besitzes*, pág. 5.ª Edición 7.ª de Rudorff. Viena 1865, pág. 56.

(2) *Zeitschr, f. gesch, R. W.* VII, pág. 90 y siguientes. *(Revista histórica de ciencias jurídicas.)*

á la protección contra la violencia, en la persona del *poseedor*, y afirma expresamente (pág. 63) que «los interdictos posesorios tienen su fundamento en consideraciones de derecho privado», Rudorff acentúa el carácter público de la violencia, como «perturbación producida en la paz y en el orden públicos» relacionando la protección de la posesión con la prohibición de hacerse justicia por su mano (1). Claro es que éste mismo punto de vista último puede conciliarse con el derecho privado del poseedor á ser protegido, como lo prueba muy bien el *Decretum Divi Marci*. Pero por otra parte resulta demasiado estrecho, cuando se advierte que la perturbación ó despojo violento de la posesión no tiene siempre por objeto hacerse justicia por su mano; sin hablar de los otros casos de despojo ilegal de la posesión *(clam, precario)*. Las dudas formuladas de diversos lados contra esta modificación de la opinión de Savigny (2) parecen haber inducido al autor á retirarla tácitamente (3), de suerte que podremos contraer de aquí en adelante el examen á la idea de Savigny.

(1) Savigny, ob. cit., págs. 62-64.

(2) Savigny, *Apéndice*, pág. 575.

(3) Evidentemente, dado el fundamento de la protección de la posesión antes indicado, en cuanto ésta es condición esencial de la relación jurídica, y en cuanto es necesario respetarla por su forma exterior de derecho, las garantías que aun al llamado poseedor, de mala fe conceden las leyes, no pueden descansar sólo en el derecho del poseedor, que siendo de mala fe no tiene derecho, sino en el principio del derecho social y transitivo que impide la violencia ejercida por la persona misma, y exige la intervención del poder constituido en representación del Estado, en una palabra, en el principio que impide á toda persona tomarse la justicia por su mano. Después de todo esto mismo sirve para hacer ver el fundamento de la protección de la posesión *justa* y de los efectos jurídicos de la de buena fe, como puede verse, por ejemplo, en nuestro Código civil. (Capítulo 3.°, tít. 5.° del libro 2.°) Se atiende al elemento *ético*, inseparable de toda relación jurídica, y el cual supone *probidad intachable* en la persona, en tanto que en las garantías provisionales de la posesión de mala fe (no hay en rigor ahí verdadera posesión), se atiende, no tanto al derecho de la persona, cuanto á las condiciones del derecho en sí mismo, referidas á la prohibición de hacerse justicia por su mano.— *(N. T.)*

Esta indudablemente á primera vista seduce y atrae; pero es que se olvida ó se ignora el aspecto que reviste la posesión en el derecho romano. En un tratado de derecho natural tendría un lugar muy adecuado (1), mas en una obra que pretende exponer la teoría romana de la posesión, no puede menos de causar sorpresa profunda, porque en rigor es inconciliable con esta teoría y se presta desde todos los puntos de vista á la contradicción. La tentativa de llevar á la práctica legislativa semejante idea engendraría un derecho de posesión que no tendría ni la más remota semejanza con la posesión romana. Paso á demostrarlo examinando los principales puntos de la teoría romana de la posesión.

1.—Falta de protección de la «detentio alieno nomine»

Si los interdictos posesorios descansan en la idea de una violación del derecho cometido contra la persona, no puede razonarse por qué han de ser negados á aquel que posee *alieno nomine*. ¿Qué es lo que la injusticia contra la persona tiene de común con la manera según la cual posee? ¿Será por ventura menos lesionado el orden legal por la expulsión de un arrendatario que por la de un enfiteuta? La violencia siempre será violencia, importando poco contra quien se ejerce. Una acción que, como tal, esto es, independientemente de la persona lesionada, encierra ya una injusticia, no puede serlo ó no serlo según la diversidad de los supuestos.

Escuchemos lo que Savigny replica á este propósito: «Una de dos, dice (p. 59), ó suponemos que el que tiene la cosa está

(1) Y aun en este mismo supuesto será preciso, como advierte Randa *(obra citada)*, que el despojo de la posesión sea en sí un acto injusto. «En sí misma la violencia no puede parecer injusta, sino en tanto que lesiona un derecho. En efecto, allí donde ningún derecho es lesionado, y hay sólo un cambio del estado de hecho, no puede haber cuestión respecto á evitar la injusticia de la violencia y sus consecuencias.» Mas adelante (IV) volveré sobre este punto.

de acuerdo con su verdadero poseedor ó está en oposición. En el primer caso no tiene necesidad de interdictos, pues que los del poseedor le bastan. En el segundo, si quiere invocarlos contra la voluntad del poseedor, sea contra el mismo, sea contra un tercero, no podría hacerlo, porque contravendría las relaciones obligatorias en que se basa su tenencia y que ponen á salvo todos sus intereses». ¿Convencerá esta deducción á nadie? Lo dudo (1). Savigny ha perdido ahí de vista su propia y personal idea de los interdictos posesorios. En efecto; si éstos son medios de protección frente á la injusticia ejercida contra la *persona;* si la relación posesoria no tiene más que una importancia subordinada, que se reduce al elemento de hecho de la situación, entonces no puede comprenderse por qué el detentador debe depender del poseedor para ser protegido contra una injusticia que le es personal. Es indiferente por completo «que los interdictos del segundo protejan suficientemente á ambos, y que por esto el detentador no los *necesite*» (2), desde el mo-

---

(1) V., en este sentido, Randa; ob. cit., nota 3.ª

(2) Todo esto nace de considerar la posesión como mera *posesión civil*, como derecho real absoluto, y no poder descomponer, en la relación de propiedad, los derechos especiales, que sin implicar la propiedad con el dominio, entrañan sin embargo, una relación de posesión. Recuérdese á este propósito lo que disponen los Códigos de Berna (art. 349), y Zurich (art. 64), y la distinción de nuestro Código entre tenencia y posesión; y entre tenencia y posesión de las cosas, y tenencia y posesión de derechos, así como las exigencias de la *ley de Enjuiciamiento civil* respecto al interdicto de retener y recobrar, que pueden esclarecerse comparando esta ley con la antigua, y viendo cómo en ésta se concedía el interdicto de recobrar, lo mismo al poseedor legítimo (el propietario al usufructuario), que al simple tenedor (inquilino, arrendatario, colono, depositario, etc.); y según advertían los comentadores, Sres. Manresa y Reus: «Aun al que tiene la cosa por fuerza, clandestinamente ó por ruegos.» «Pueden entablarlo, añadían, siempre que sean despojados violenta ó clandestinamente de la *posesión ó tenencia*, y contra el que les haya causado el despojo, cualquiera que sea, aunque fuese el verdadero dueño de la cosa...» Sabido es que la ley de Enjuiciamiento civil vigente, de los dos interdictos hizo uno solo (de retener ó de recobrar), y que en ella se habla siempre de *po-*

mento en que la perturbación de la posesión está, no en la posesión, sino en el derecho de la persona. La protección contra la injusticia de la perturbación no es cosa de oportunidad ó de necesidad, sino una simple consecuencia. El *lesionado* será *protegido;* si ambos son lesionados, ambos deben ser protegidos; si uno sólo es lesionado, uno sólo debe ser protegido: ahora bien; el que tiene la cosa es quien debe serlo en todos los casos, puesto que es el primero y más directamente molestado por la violencia. Y eso es lo que ocurre por virtud del interdicto *quod vi aut clam;* si el *opus vi aut clam factum* lesiona por igual el interés del arrendatario y el del arrendador, ambos tienen el interdicto (1). Pues bien; si se reflexiona que este interdicto supone un delito (2), se verá fácilmente lo que los jurisconsultos romanos hubieran debido decidir, de haber considerado los interdictos posesorios desde el mismo punto de vista.

Si los detentadores no tienen necesidad de un medio de protección independiente, ¿por qué les concede el derecho romano las *act. furti* y *vi bonorum raptorum?* (3). El motivo mismo por el cual, en opinión de Savigny, les negaba los medios posesorios, debería haberle hecho negar también esas dos acciones, y no es así; lo cual prueba que el derecho romano no ha dejado de ver la dirección *inmediata* de esos delitos contra el tenedor, ni la necesidad y la importancia de concederle contra ella una protección también *inmediata.* Y no sólo la lesión *personal* es la que se toma en cuenta en esas dos acciones, y en el *interdictum quod vi aut clam*, sino que también el interés *real, patrimonial* del mantenimiento de la relación posesoria encuen-

---

sesión ó tenencia de cosas, dígase y derechos; pues la tenencia de la cosa debe, en todo caso, y para los efectos á que aquí se alude, implicar derecho.—*(N. T.)*

(1) L. 12, *quod vi* (43, 24).

(2) L. 3.°, pr. ibid., *facto tuo* DELINQUENTIS; l. 1.°, § 2.°, INJURIAM *commisisti.* Este interdicto compete hasta el hijo de familia. L. 6.° de O. y A. (44, 7) *injuriarum et quod vi aut clam.* L. 13, § 2.°, *quod vi.*

(3) L. 14, § 2.°; L. 85 de furt. (47, 2); L. 2.°, § 22, *vi bon* (47, 8).

tra ahí su expresión, *Præterea* dice, la citada L. 14, párf. 2.° de furt., *habent furti actionem coloni, quamvis non sint, quia interest eorum*; y en la L. 2.ª, párf. 22, *vi bon.* citada, la cosa recibida en comodato, en prenda, en locación, está comprendida en nuestro patrimonio, en el sentido de que sin ser por su naturaleza una cosa *in bonis*, se conceptúa como si se encontrase *ex bonis*, esto es, *ut ex substantia mea res ablata esse proponatur... ut intersit mea eam non auferri*. Así ocurre que el locatario obtiene el *interdicto de migrando*, en virtud de la retención de las cosas inferidas, lo mismo respecto de las que le han sido prestadas ó arrendadas, que de las que han sido depositadas en su poder, extendiéndose también á esas cosas la *hereditates petitio* (1).

Cuando el poseedor y el tenedor no están de acuerdo, dice Savigny, este último no puede invocar los interdictos, porque iría contra los fundamentos de las relaciones en que se apoya su tenencia. Pero aun suponiendo que el ejercicio de los interdictos contiene en sí una usurpación frente al poseedor, ¿qué importancia tiene ésta ante el autor de la perturbación? Este último no es juzgado más que según el alcance y medida de su propia acción, y no puede deducir un derecho de las relaciones obligatorias que existen entre el tenedor y el poseedor (2). Si en algún caso pudiera eso suceder, sería en el de ex-

---

(1) L. 2.° de migr. (43, 32); L. 19 pr. de her. pet. (5, 3).

(2) Independientemente del derecho romano y de todo derecho positivo, nos parece que la opinión de Ihering responde, más que la de Savigny, al concepto del derecho, considerado éste como relación que siempre se establece entre la finalidad racional y la conducta libre de los seres. Así en el caso á que Ihering se refiere, la relación jurídica está entre el mero tenedor y el que la perturba; es decir, que aquí el tenedor (ser de fines), es el que no puede ni debe consentir la violencia ejercida por un tercero respecto de los derechos que tiene, y el cual, al violentarla, le niega la condición jurídica. La conclusión de que «el autor de la violencia no puede deducir un derecho de las relaciones obligatorias que existen entre el tenedor y el poseedor», indica el profundo sentido jurídico de Ihering, y como á pesar de las limitaciones que aun se notan en su concepto del derecho para ver éste como relación

pulsión del arrendador por el arrendatario; porque entonces la violación del lazo obligatorio es indudable y flagrante; y sin embargo, el derecho concede sin dificultad los interdictos al arrendatario, que se ha convertido en poseedor (1) y el tercero, que, según Savigny, viniese á oponer las obligaciones que existieran entre el arrendatario y el arrendador, no sería oído.

En suma: la tentativa de Savigny para refutar las objeciociones que puedan ser dirigidas contra su teoría de la falta de protección del tenedor, queda completamente frustrada. Es una extraña ironía del destino literario (de que por lo demás se encontrarán numerosos ejemplos en el mismo Savigny, á pesar de su gran genio) el que el restaurador de la teoría romana de la posesión haya enunciado, para dilucidarla, una idea que está con tal teoría en contradicción irreconciliable, y que al propio tiempo haya levantado la oposición más viva contra una aparición moderna que en la esfera de la posesión se produce, y que precisamente contiene la realización histórica de su idea; aludimos al *summarisimus* y á la *actio spolii*. Aquel que veía en la perturbación y en el despojo de la posesión una injusticia contra la persona, debería aplaudir esos dos remedios legales concedidos á todo poseedor, sin atender á la calidad de su posesión, y saludarlos con gozo, como realización de su idea. Pues bien: ¡Savigny los considera como una aberración científica, como un absurdo! Por lo demás, quien así se expresa y lucha por conservar la pureza del derecho romano, debería combatir como nadie la proposición,

---

ética que descansa en la intención reflexiva, rompe ciertas trabas que impone el derecho positivo considerado como derecho objetivo, real y respetable en sí, para no ver el derecho sino en la vida y siempre en la conducta y en cada relación; en este caso, en la relación especial y concreta entre el tenedor y el que intenta turbarle (negar el derecho) en la tenencia de la cosa.

Nuestras leyes (el *Código civil*, artículos citados, y la *Ley de Enjuiciamiento civil*, artículos 1651 á 1662), responden en parte á esa *desintegración* del derecho, por cuanto, según hemos indicado, descomponen y garantizan las relaciones jurídicas que implican posesión, sin implicar dominio.—*(N. T.)*

(1) L. 12 *de vi* (43, 16).

según la cual, los medios de protección de la posesión se reducen á una protección de la persona. Ahora bien: Savigny, no sólo ha enunciado tal proposición, sino que la ha mantenido durante medio siglo.

2.—Falta de protección de la posesión de las cosas no susceptibles ó de las personas incapaces de posesión.

a) Las cosas. No puede ofrecerse el problema de la posesión ni de la protección de la posesión, de las cosas *extra-comercium.* ¿Por qué no? Desde mi punto de vista, esta cuestión podrá ser resuelta en las páginas siguientes de una manera satisfactoria. En efecto, esas cosas no son susceptibles de propiedad; ahora bien: la posesión no es otra cosa que la exterioridad de la propiedad, y debe, por tanto, cesar allí donde la propiedad no puede concebirse (1). Pero desde el punto de vista

(1) Tal en cierto respecto parece ser el sentido de nuestro Código civil el cual, en su art. 437, dice: «Sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación.» Artículo que es preciso relacionar con el 338, según el cual, «los bienes son de dominio público ó de propiedad privada»; y son de dominio público, según el art. 339, «1.° Los destinados al uso público, como los caminos, canales, torrentes y puentes, construídos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos. 2.° Los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados á algún servicio público ó al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras que no se otorgue su concesión». Estas cosas, por tanto, no son susceptibles de posesión *legal*, y que produzca efectos *legales*, porque no son susceptibles de propiedad particular, con lo cual parece que podrá aquí considerarse la posesión según Ihering dice; pero aun sería fácil argumentar que sin atender para nada al dominio, por las mismas razones que se reputan ahí, las cosas, como inadecuadas para la relación total de propiedad, son inadecuadas para aquellos actos que implica la mera posesión (uso, aprovechamiento de las cosas sin la exclusiva y las consecuencias del dominio pleno). Esto aparte de que en este caso, al determinar la imposibilidad de la posesión, ó más bien, al negar los recursos que la amparan, se restringe naturalmente el concepto de la posesión, por una parte á la que pueden tener las

sostenido por Savigny, esta proposición no puede ser explicada en manera alguna.

En efecto, si la lesión de la posesión no adquiere importancia jurídica, sino en tanto que encierra una injusticia contra la persona, la cualidad de la cosa no tiene ningún valor; poco importa que sea mueble ó inmueble, susceptible ó no susceptible de propiedad. Es en rigor tan indiferente, como investi·

---

personas en concepto de tales frente y en distincion respecto del Estado, y por otra á la ordenación social de la misma conforme con el criterio positivo que regula la propiedad. Basta tener en cuenta el cambio sufrido en las legislaciones por las cosas *extra-comercium*, cambio que implica la situación temporal de determinados bienes, más que la *incapacidad* natural de los mismos para ser poseídos. En rigor, todo lo que se dice aquí de los bienes susceptibles y no susceptibles de apropiación, y que es causa de la distinta capacidad en las cosas para ser objeto de posesión con efectos legales, responde á un cierto criterio *positivo* muy limitado de la propiedad; pues declarar cosas *inapropiables*, las de dominio y uso público, ó bien las *comunes*, como hacen los autores, es no ver la relación de propiedad que la Nación, como tal, tiene con respecto de los primeros, y no ver que respecto de los segundos se establece en el uso constante de todos los hombres la relación esencial de propiedad, que consiste en «aplicar las condiciones naturales á su fin corresrrespondiente» (Giner), aquí á la satisfacción de nuestras necesidades materiales mediante el desarrollo de la actividad obrando sobre la naturaleza.

Pero, prescindiendo de esta consideración filosófica, lo cierto es que la ley positiva limita el concepto de posesión en la forma dicha, y aun más, consecuencia en el fondo de esto mismo y del criterio *privilegiado* que el Estado tiene, á la vez que los bienes de dominio y uso público son *extra-comercium*, en la regulación de las relaciones de posesión y de propiedad de la administración como poder, se rompe con la ley general, y, por ejemplo, no se ampara la posesión de los particulares con el interdicto frente á la Administración cuando obra ésta en el círculo de sus atribuciones, habiéndose sostenido en el Senado español (*Diario de Sesiones*, 8 de Abril y siguientes, 1892) que en ningún caso deben concederse aquéllos ni aun cuando el particular esté en posesión por más de un año, doctrina que no prosperó afortunadamente. Acerca de este punto debe verse la discusión habida en el Senado (Abril, 1892). Se ha tratado también por A. Posada, REVISTA DE LEGISLACIÓN, 1892, artículo *Interdictos contra la Administración*. V. Azcárate, *Historia del Derecho de Propiedad*, tomo 3.º Véase, respecto de Italia, Ricci, *Corso teorico-practico de Diritto civil.—(N. T.)*

gar si un asesinato se ha cometido cerca de una casa ó de un seto, bajo un haya ó bajo una encina. Si la idea de Savigny fuese exacta, debería aplicarse á la posesión la decisión que contiene L. 13, párrafo 7.° *de inj.* (47, 10) para la *actio injuriarum*, y la cual prescinde por completo de la cualidad jurídica particular de la cosa. Que se me impida hacer uso de mi propia cosa, ó de una *res publica (in publicum lavare aut in cavea publica sedere, ect.)*, ó de una *res communes omnium (in mari piscari)* es perfectamente indiferente; yo tendré siempre la *actio injuriarum.* Que no se diga: el poseedor de una *res extra commercium* no tiene interés en la cosa, ó comete una injusticia poseyéndola y la injusticia no puede ser protegida: porque se puede decir lo mismo del ladrón ó del bandido (1), y sin embargo, se les conceden los interdictos posesorios. Además, aunque no fuese exacto en cuanto á las *res sacræ* y *publicæ*, no se puede decir lo mismo en cuanto á todas las *res extra commercium.* En efecto; la *res religiosa* se encuentra con respecto á quien pertenece *(ad quem pertinet)* en relación análoga á la de propiedad: él tan sólo está autorizado para usar de ella conforme á su destino: tiene, como el poseedor, la facultad de excluir á cualquier otro, en una palabra, tiene en esa relación interés jurídico reconocido y protegido (2). En caso de perturbación violenta de esa relación, concurren en verdad las condiciones que, según Savigny, bastan para los interdictos posesorios, y sin embargo, se niegan éstos al derechohabien-

---

(1) Asi no se les concede ni aun cuando se les ha robado á ellos mismos la cosa, la *actio furte* (v. la L. 76 § 1.° *de furte*), (47, 2): *si honesta ex causa interest.* (v. también L. 12, § 1.° *ibid, Nemo improbitate sua consequitur actionem* y la *act, ad exhibendum.* L. 3.ª, § 11, *ad exh:* La acción de división de herencia no se extiende á lo adquirido *vel vi aut latrocinio aut aggressura.* L. 4.ª §. 2.°, *fam. erc.*) (10, 2).

(2) Los textos en que me apoyo estan mi *Espíritu del Derecho romano*, III, pág. 335; se puede añadir el de Orelli, *Corp. inscri.*, núm. 4358, señalado por Rudorff, sobre Savigny, ley citada, pág. 604, y en el cual se trata de la tradición de un monumento funerario *(in vacuam possessionem—ire aut mittere).*

te (1) concediéndole otros medios de protección. Lo mismo ocurre entre el padre y el hijo. El interés para aquél, así como la injusticia de la parte contraria, ¿eran menores, cuando quien retenía era un hijo, que cuando era un esclavo? Y no obstante, en este último caso se le concedía el *interdictum utrubi*, un interdicto posesorio, mientras que en el primero debía hacer uso de interdictos especiales *(de liberis exhibendis* y *ducendis)*.

b) Capacidad de poseer en las personas. Como es sabido, los esclavos y los hijos de familia son en derecho romano (2) incapaces de poseer. Según Savigny (pág. 126), «esta proposición resulta evidente de la regla general por virtud de la que el hijo de familia no puede tener derecho alguno patrimonial,» ¡Perfectamente! ¿Pero cómo armonizar semejante explicación con la idea de Savigny, según la cual en la posesión no es el patrimonio lo que se protege, sino la persona? Si fuese cierto que los interdictos posesorios nacen del delito, hubiera sido imposible negárselos en absoluto al hijo de familia; pues tendría derecho á ellos con el mismo título que según la L. 9.ª de O et A. (44, 7). *Suo nomine nullam actionem habet nisi* INJURIARUM *et* QUOD VI AUT CLAM *et depositi et commodati.*

3.—Protección de la posesión del «injustus ó malæ fidei possessor»

He aquí, á mi modo de ver, una contradicción más todavía, insoluble dada la opinión de Savigny. Se niega al ladrón y al bandido la *act. furti* y la *act. legis Aquiliæ* (3), ¿cómo hubieran podido concedérseles los interdictos posesorios si se hubiera visto en éstos acciones penales? Que se compare la manera de expresarse los jurisconsultos en la L. 12, § 1.°, y en la L. 76,

---

(1) L. 30, párrafo 1.° de poss. (41, 2).

(2) L. 49, párrafo 1.° de poss. (41, 2).

(3) L. 12, § 1.°; L. 76, § 1.° *de furt.*, (47, 2); L. 40 § 6.°, *arg.*; L. 17 *pr. ad leg. Aq.*, (9, 2). Pero se les concedía las acciones de contrato., p. e. la *act. commodati*, L. 15, 16. *Commod*, (13, 6) la *act. depositi*, L. 31, *Dep.*, (16, 3).

§ 1.º *de furt. cit. Furti actio,* dice la L. 12, *malœ fidei possessori non datur, quamvis interest ejus rem non subripi, quippe, cum res periculo ejus sit, sed nemo de improbitate sua consequitur actionem et ideo soli bonœ fidei possessori, non etiam melœ fidei furti actio datur,* y la L. 76, § 1.º; *nam licet intersit furis rem salvam esse, quia condictione tenetur, tamen cum eo is cujus interest furti habet actionem si* HONESTA EX CAUSA INTEREST. Aquí todavía nos pone Savigny frente á un enigma irresoluble, no habiendo hecho tentativa alguna para conciliar con su idea esos pasajes, de los cuales, por lo demás, se sirve él mismo con otro fin contra sus adversarios (p. 65). Si el propietario se apodera clandestinamente ó por violencia de la cosa de manos del *malœ fidei possessor*, ó si la destruye, este último no tiene contra aquél ni la *condictio furtiva*, porque presupone la propiedad, ni la *act. furti*, porque presupone el interés, ni la *act. legis Aquiliœ* porque presupone un derecho sobre la cosa, ó á lo menos la *bonœ fidei possessio:* el propietario robado rechazará la acción del delito prevaliéndose simplemente de su propiedad (1). Si, por el contrario, el *malœ fidei possessor* se sirve de un interdicto posesorio, según puede hoy hacerlo para los muebles como para los inmuebles, después que Justiniano equipara por completo los *interdictum uti possidetis* y *utrubi*, entonces el defensor no será admitido á exceptuar su propiedad, y la *malœ fidei possessio* del demandante no será cuestionable sino en tanto que la *esceptio vitiosœ possessionis* sea fundada frente á él. ¿Quién no percibe ya que el punto de vista de la apreciación es diferente en ambos casos? En el primero es el del delito el que impera; en el segundo otro bien distinto.

4.—Falta de delito en todos los interdictos posesorios

No puede reconocerse materia de delito sino en un solo interdicto, en el *interd. undevi;* debe negarse en todas las de-

(1) De la propia suerte rechaza *act. deposite* del Candrou, L. 31, § 1.º, *Dep.*, (16, 3), i. f.

más. Savigny (p. 31) quiere justificar su existencia en el *interd. de precario*, diciendo que «es injusto en sí abusar de la buena voluntad de otro, como es injusto recurrir á la violencia para apoderarse de una cosa.» Pero si tal aserto fuera exacto, también se deberían llamar acciones penales la *condictio ex mutuo*, la *act. commodati* y la *act. praescriptis verbis* posible, fundada en el *Precario*. El *interdictum de precario* puede, ciertamente, revestir carácter penal por el *dolus* del que tiene la cosa en precario (1), lo mismo que en la reivindicación (por el *dolus prœteritus* del poseedor); pero esta simple posibilidad no convierte el interdicto ni la reivindicación en acciones penales. Prescindiendo de tal circunstancia, aquél se dirige de la propia suerte contra el heredero que contra el testador (2).

¿Podrá afirmarse que la negativa de restituir encierra necesariamente *dolus*? De ningun modo. Supongamos, por ejemplo, que el heredero ó tutor del que tiene en precario y el cual se ha vuelto loco, no tienen noticia del mismo, ó que el que tiene la cosa en precario aprende entre tanto que es el propietario. En este último caso está en su pleno derecho al negar la restitución: *ideirco quia receptum est, rei suæ precarium non esse* (3).

De los dos interdictos *retinendæ possesionis*, hay uno el *interd. utrubi* bajo la forma que tenía antes de Justiniano, que resiste á cuantos esfuerzos pudieran hacerse para ponerle en armonía con la idea de Savigny. Sabido es que este interdicto podía dirigirse, no sólo contra aquél que inmediatamente había sustraído la posesión al demandante, sino también contra

---

(1) Resulta que el heredero de quien tiene la cosa en precario no responde aquí, como en los demás casos, del delito del testador sino de la riqueza. L. 8.ª, § 8.º *de prec.*, (43, 26).

(2) L. 8.ª, § 8.º, cit. *heres ejus, qui precario rogavit, tenetur quemadmodum ipse*.

(3) L. 4.ª § 3.º, ibid.; L. 45 pr. De R. J., (150, 17); L. 21. *de usuc* (41, 3); L. 31 § 1.º, *Dep*, (16, 3). La prueba de la propiedad establecía *ipso jure* la falta de fundamento del *intd.* V. mi *Geist des R. R.* (Espíritu del derecho romano), III, págs. 65, 66.

tercero, aun contra el *bonæ fidei possessor*: la única condición exigida era que el demandante hubiera poseído durante el año anterior más tiempo que el defensor, á contar desde el momento en que la acción se insinuase. Savigny no se ha pronunciado nunca, que yo sepa, sobre la manera de conciliar este interdicto con su opinión; si lo hubiera intentado se habría convencido de la imposibilidad de su empresa. En los dos sitios donde debería haberlo hecho (págs. 31 y 49), deja nuestro interdicto en silencio; y cuando caracteriza los *interdicta retinendæ possessionis*, insiste sobre la condición de la *lesión violenta* de la posesión (pág. 400) é invoca en lo que concierne al *interd. utrubi* las palabras *vim fieri veto*, de la fórmula de la L. 1. *pr. utrubi* (43, 31); al tratar más singularmente de este último interdicto, añade que no encuentra acerca de este punto «nada especial que hacer notar» (1). Pero ¿cuál era el sentido las palabras *vim fieri veto*? No era evidentemente necesario que ocurriese una violencia para que se pudiera intentar el interdicto, sino más bien que el defensor no pudiese oponer violencia alguna al demandante cuando éste quisiera apoderarse de la cosa *(quominus is eum ducat)*. La violencia no era, pues, una condición de este interdicto, como no lo era para los numerosos interdictos no posesorios que estaban provistos de la misma fórmula. De otra suerte, el Pretor, en lugar de hablar para el porvenir, hubiera debido hablar del pasado, como, por ejemplo, en el *interd. quod vi aut clam: quod*—FACTUM EST, ó en el *interd. unde vi: unde*—DEJECISTI.

Habrá de permitírseme ser breve en cuanto al *int. uti. possidetis*, en atención á las diligentes investigaciones de que

---

(1) El mismo Rudorff que es tan versado en el conocimiento del sistema formulario romano, y de quien se habría debido esperar una demostración más concluyente de la inadmisibilidad de este argumento sacado de la fórmula, no encuentra nada que decir en ella; á lo menos yo no encuentro observación alguna por su parte en la continuación del pasaje citado (pág. 400 nota).

ha sido objeto en estos últimos tiempos (1). No es verdad que «la lesión violenta de la posesión» sea una de las condiciones de este interdicto (Savigny, pág. 400). La investigación del Juez: *num vis facta sit contra edictum Prætoris* no es para *antes*, sino para *después* del otorgamiento del interdicto. Este podía invocarse sin dificultad por ambas partes en el caso de una controversia sobre posesión *(controversia de possessione)* completamente pacífica y exenta de todo género de violencia, como, por ejemplo, si se tratase de saber, entre dos pretendientes á una herencia, cuál había tomado primero la posesión de un fundo hereditario, ejemplo éste en el que Ulpiano (L. 1. § 3, *uti poss*, 43, 17) igual que Gayo (IV, 148) encuentran el punto de partida para la exposición de este interdicto. Según Savigny, si se invocase en ese caso debería ser rechazado.

5.—Inutilidad de los interdictos posesorios considerados como acciones penales especiales al lado de las ya existentes.

Si fuese cierto que el Pretor quería por los interdictos posesorios crear tan sólo una nueva especie de acciones contra delitos, en vano sería que se tratase de justificar la utilidad de su innovación, puesto que las acciones existentes bastaban de un modo suficiente: para la perturbación en la posesión el *interdicto quod vi aut clam* y la *actio injuriarum* (2); para la sustracción de la posesión la *actio furti*, que en el derecho antiguo se extendía hasta las mismas cosas inmuebles (3), y abarcaba á la vez la sustracción clandestina y la violenta (4), pudiendo en caso de necesidad comprender hasta el mismo tenedor de una cosa en precario (5).

---

(1) Véase sobre todo Hermann Witte. El *Interdictum uti possidetis*, Leipzig, 1863, y especialmente págs. 40 y siguientes.

(2) Véanse ejemplos del primero en L. 7, § 5, 6, 9, 10, L. 9, 11, etc. *Quod vi* (43, 24), de la segunda en L. 13, § 7 *de inj.* (47, 10) y Paulo S. R. V. 6, § 5.

(3) Gellio XI, 18, § 13.

(4) L. 1 *vi bon* (47, 8) Gayo III, 209.

(5) Conf. Gell. Loc. cit. con L. 66 pr. 67, pr. de furt. (472).

6—Las «condiciones» y la restitución de la posesión

Nadie hasta Bruns (1) en estos últimos tiempos, ha llamado la atención sobre ellas, habiendo hecho notar, (pág. 416) «que no se concilian con la teoría de Savigny». La posesión aparece ahí como objeto y base independientes de la acción, y fuera de toda violencia; por lo cual es absolutamente imposible sostener que en el pensamiento de los romanos, sólo la violencia es la que da á la posesión su importancia jurídica.

Resumiendo todo lo que precede en una sola proposición, diremos que la teoría de Savigny atribuye al Pretor la creación de *acciones penales*.

1) Que eran *perfectamente superfluas* al lado de las introducidas ya por el derecho civil (núm. 5).

2) Esas acciones no eran *concedidas* á aquellos á quienes debieran *concederse*, según los principios que se refieren á las acciones (núms. 1 y 2).

3) Por otra parte, se *concedían* á aquellos á quienes hubieran debido ser *negadas*, según los mismos principios (núm. 31), y por último.

4) Exceptuando una sola, en ninguna puede descubrirse el más leve rastro de un *delito*.

---

(1) *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart.*—Tubinga, 1848, págs. 27 y siguientes.

III

Las otras teorías relativas.

1.—TEORÍA DE THIBAUT

El supuesto de que Thibaut parte (1) en su teoría de la posesión, no es el hecho puro y simple, sino el *ejercicio del derecho* (2), como un *modo* especial del estado de hecho; ya tendremos ocasión de mostrar más adelante qué fecundo puede ser este punto de vista para la buena inteligencia de la teoría de la posesión. No hay sino que la base sobre que Thibaut quiere fundar la protección de la posesión, es muy poco firme. «Es, dice, un principio imperativo y necesario para la razón, que nadie puede vencer jurídicamente á otro, si no tiene motivos preponderantes en que fundar su derecho; de lo cual resulta que un estado de cosas puramente de hecho en sí, adquiere la más alta importancia, por cuanto lleva á esta regla, según la cual todo aquel que ejerce de hecho un derecho, debe ser mantenido en este estado de hecho hasta que otro haya demostrado tener un derecho mejor.»

Pero si la posesión es simplemente un *estado de hecho*, ¿por qué es preciso un *derecho* preeminente para hacerla cesar? Un

(1) *System des Pandenktenrechts* 8.ª edición § 203-204. En su trabajo sobre la posesión y la usucapión, Jena 1802, § 2.°, no alega motivo alguno para la protección de la posesión.

(2) V. también en el mismo sentido Hufeland, *Ueber den eigenthümlichem Geist des römischen Rechts*. (Sobre el espíritu particular del derecho romano), 2.ª parte, Sección 1.ª, pág. 5.ª y siguientes, pág. 18 y siguientes.

estado de hecho nace y pasa sin que el derecho tenga nada que ver con él. Es un hecho que mi tilo protege al vecino contra los rayos del sol, ¿quien le protege si yo quiero derribar el árbol? Es un hecho, para un comerciante, tener una extensa clientela, ¿le protege el derecho cuando un concurrente se la arrebata? Si la circunstancia de que la posesión encierra el ejercicio de un *derecho*, no es suficiente para darle el carácter de *relación jurídica*, si es preciso por el contrario colocarla, según Thibaut, al igual que todos los *estados de hecho*, es preciso admitir para unos y otros la misma ley y decir que su nacimiento, su existencia y su cesación no son más que el efecto de la fuerza física. Sin duda *vencer*, en la esfera del derecho, supone un *derecho preeminente*, pero trasplantar esta idea al terreno del hecho es olvidarse de cuanto se ha dicho acerca de éste.

Pero admitamos, si se quiere, que la *preeminencia del derecho* sea lo que decida. El arrendatario expulsado por un tercero que no tiene derecho alguno sobre la cosa, ni á la cosa, posee sin duda un «derecho mejor» que este último, en cuanto su estado de hecho, á lo menos, descansa sobre una concesión obligatoria de parte del verdadero propietario; ¿por qué entonces no es escuchado, y por qué se le niegan los interdictos posesorios? (1) Pero todavía hay más: si el arrendatario sustrae á su vez la posesión al que le expulsó ó á su heredero, ¿por qué se le niega en absoluto en el proceso posesorio la prueba que ofrece prácticar de un mejor derecho?

Resulta que la explicación de Thibaut, que parecía mantenerse exclusivamente en el terreno del hecho, invade al propio tiempo el del derecho, pero sin que responda, ni sobre el uno ni sobre el otro, á sus propios principios. Si la posesión no es realmente más que un estado de hecho, de que la fuerza capaz

---

(1) V. lo que decimos respecto del derecho vigente en España en este punto. Debe tenerse en cuenta además el carácter que adquiere como derecho real, el arrendamiento por más de seis años inscripto en el Registro de la propiedad. La argumentación de Ihering, no tendría tanta fuerza tratándose del derecho actual de muchos paises, según se ha visto.—(*N. T.*)

de anular un estado de cosas deba ser más enérgica que aquélla que la mantiene, no se infiere que la posesión haya de tener una *protección jurídica;* la argumentación que se agita sólo dentro de la esfera física no puede salir de ella para sus resultados (1). Si, por el contrario, la posesión es un *derecho*, este punto de vista lleva á dar á la protección posesoria una fisonomía muy distinta de la que tenía en el derecho romano. Ahora bien; el sistema especial del derecho romano para la protección de la posesión no puede ser comprendido de ese modo.

Del mismo defecto adolece

2.—La opinión de Röder (2)

Este escritor ve el fundamento de la protección de la posesión en el derecho primordial de *probidad (Das Recht der Unbescholtenheit)*, el cual encuentra su expresión en la regla: *Quilibet præsumitur justus (?—bonus) donec probetur contrarium.* En virtud de este derecho que todo poseedor tiene, es preciso

---

(1) Indudablemente, como que en las relaciones jurídicas, repetimos, lo esencial es el elemento ético, y esto es lo que quizá no se veía claro en el derecho romano, ni aun lo ve siempre el mismo Ihering. Tener más fuerza no es tener *mejor* derecho, ó más claro, tener derecho; porque entendido el derecho en sus principios absolutos, no lo hay mejor ni peor, lo hay ó no lo hay. Sólo la formación reflexiva y necesariamente *apriorística*, ó de prevención del derecho positivo, puede exigir la terminología de derecho *preeminente* y *mejor* derecho; que en sí mismo el derecho determinado siempre en cada relación, supone un ser de fines ó exigencias (el que tiene el derecho), y un ser obligado de medios (el que lo ha de cumplir). Cuando en una contienda civil se debate acerca de un derecho que varios se disputan y todos obran de buena fé, lo que se ventila, no es quién tiene un derecho mejor, sino quién lo tiene, y aquél que le tiene, es decir, aquél que es el verdadero ser de fines, es el que se pone en condiciones definidas de exigir del obligado el medio, y del Estado, subsidiariamente, el mismo medio, por virtud de una acción coactiva ejercida sobre aquél, si por acaso lo negare, perturbando el derecho, que el Estado procura entonces restablecer cumpliéndolo.—*(N. T.)*

(2) *Grundzuge des Naturrechts oder der Rechts philosophie.* (Principio de derecho natural ó de filosofía del derecho); 2.ª edic., sec. 2.ª, p. 250.

admitir provisionalmente que toda relación exterior en que el mismo se encuentre ante una cosa ó persona, y la cual puede constituirse sobre el fundamento y como consecuencia de un derecho necesario para su ejercicio, también se constituye actualmente en virtud sólo de un derecho semejante, y por consiguiente esa relación *no* es injusta (1).

La aplicación de ese derecho primordial á la posesión descansa en un supuesto equivocado. No se trata en la posesión de lo intachable de una *relación* exterior, sino de la probidad y lo intachable de una persona. Si la persona es intachable, el tenedor no lo es menos que el poseedor jurídico, y el no poseedor que el poseedor. El no poseedor tendrá el mismo derecho á ser personalmente creído, puesto que esta pretensión no está fundada sobre el hecho exterior de la posesión. Ahora bien; si la posesión está basada en una presunción de legitimidad, es preciso que se justifique de otro modo; la presunción inferida de la persona no sirve para el caso. Pero aunque fuera de otra suerte, si el poseedor no tiene en favor suyo más que esa presunción; ¿por qué se prohibe al adversario rebajarla por la prueba en contrario? ¿A dónde va á parar la probidad, si el adversario demuestra que él es el propietario y el demandante un ladrón? (2). Si en el procedimiento posesorio no

---

(1) Respetando la opinión de Ihering, y no intentando discutir (luego diremos algo) si en tales palabras de Röder se interpreta el sentido íntimo del derecho romano, nos parece que considerada la posesión en sus principios racionales, tal como hoy podemos discutirla, después de las vacilaciones de las legislaciones positivas y de la indecisión del sentido jurídico positivo de los pueblos; nos parece, repetimos, que Röder se acerca mucho á la verdad de las cosas. Atiende Röder, al fundar la protección de la posesión, no á nada material, sino á considerarla en si misma y en cuanto es la *revelación* circunstancial del derecho, en cada caso, y por el momento indudable; en una palabra: la posesión se protege en cuanto no se *sabe actualmente nada* contra *su justicia*.—*(N. T.)*

(2) Pero esto, repetimos que independientemente de la construcción materialista del derecho positivo, que se inspira en el romano, es el resultado necesario de la misma naturaleza de la relación jurídica. El que está en po-

se considera la posesión como una relación jurídica independiente, sino como una prueba de la existencia de un derecho completamente distinto, ¿por qué no se equiparán los derechos y se permite la prueba y la contraprueba, convirtiendo, por ejemplo, el posesorio en petitorio? La idea de Röder puede bastar para explicar por qué en el procedimiento reinvindicatorio el poseedor queda exento de prueba—si bien esta liberación del defensor del peso de la prueba no tiene, como es sabido, nada que ver con la posesión como tal, puesto que se representa en todas las acciones—pero esta idea no puede en modo alguno explicar el carácter particular de la *posesión*, es decir, la exclusión de la cuestión de derecho en el proceso po-

---

sesión de una cosa, tiene no sólo la apariencia, sino la plena exterioridad formal, por la que se revela á los seres inteligentes el derecho como exigencia. Respecto de él, mientras no haya otro dato exterior que revele el fondo real y positivo que cubre aquella exterioridad y por virtud del que se *induzca* que el sujeto de la posesión no lo es y está en el *error (bonæ fidei possessor)*, ó bien la detenta á sabiendas de que no le corresponde *(malæ fidei possessor)* ó le ha robado (ladrón), no hay más remedio que, *suponer* no basta, *creer* que el que goza de la posesión actualmente, el mero tenedor, está firme en su derecho. El Estado debe ampararle porque aquél es el sujeto racional de la exigencia jurídica. Si alguien le perturba, aunque sea el legítimo poseedor, como lo que al pronto hace éste no basta para revelarle como tal, *socialmente* no se sabe; la protección y amparo del poder tiene que ir en favor del primero, que es respecto del cual en aquel instante al menos, se siente obligado el Estado. Claro está, tal protección nunca puede ser definitiva, ni indiscutible su fundamento; pero al que pone en duda la realidad jurídica de la misma incumbe demostrarlo.

A esta idea responde nuestra legislación, por ejemplo, al definir (Código civil) quién se *reputa* (no quién *es*) poseedor de buena fe, y al disponer (artículo 436) que «la buena fe se presume siempre y al que afirme la mala fe de un poseedor incumbe la prueba.» De igual suerte responde á esta idea la manera como está redactada nuestra *Ley de Enjuiciamiento civil* en punto al procedimiento de los interdictos, á lo que debe mostrar el demandante en el de retener ó recobrar, á lo que puede ser objeto del debate en el juicio, y á la posibilidad de ventilar respetando actualmente la posesión, el derecho que en definitiva existe á las partes ó á un tercero.—*(N. T.)*

sesorio; que es después de todo el punto culminante donde se revela el mérito de toda teoría de la posesión.

Hemos partido para cuanto queda dicho del supuesto de que Röder toma por base de su teoría la noción científica corriente ó romana de la posesión; quien en un tratado de filosofía del derecho quiera sostener otra, puede hacerlo, no he de disputar yo tal derecho á nadie; pero por lo menos debe entonces decirse por qué y cómo se prescinde del derecho romano; y esto es lo que Röder no ha hecho (1).

---

(1) Ciertamente dentro del derecho romano, dado su carácter sistemático admirable, que hace sea la construcción jurídica más completa y más *hecha* que la humanidad haya producido, para penetrar el espíritu de cada institución, y explicarse el sentido y alcance de cada relación jurídica en la institución presupuesta, es necesario tener en cuenta toda la *trama lógica* del derecho positivo. En Roma, como en ningún otro pueblo, hay que conocer la formación histórica del derecho, sin olvidar el sistema complejo de los motivos circunstanciales que en ella intervinieron poderosamente. Y quizá no hay materia tan peculiar y característica en tales respectos, y que exija todo eso de un modo más apremiante, como la de las acciones, y por ende como acciones los interdictos. Pero precisamente esto debe tenerse muy presente cuando se trata de investigar, no sólo el espíritu de la teoría jurídica romana de la posesión, sino la posesión misma como relación de derecho, pues acaso hay que romper en gran parte con el derecho romano, el cual, después de todo, si supone un gran progreso hacia la dulcificación de las relaciones humanas mediante la transformación de las mismas, de relaciones materiales sometidas al poder é inspiradas en el poder, lucha por la existencia, en relaciones *éticas*, no es ni con mucho la última palabra, ni el definitivo estado.

En Röder, y así implícitamente lo reconoce Ihering, hay que ver, no tanto al inspirado en el derecho positivo de Roma, como al investigador reflexivo de los principios del derecho en la conciencia. Confírmase esto último con tener presente la dirección krausista en que Röder debe ser colocado; dirección que viene á representar, después de todo, algo muy distinto del derecho romano por el valor que da al elemento ético en la relación jurídica, y que es sin duda el que se necesita acentuar para rectificar el carácter formalista y material, coactivo, del derecho, que se traduce en leyes y que se cristaliza en instituciones.

Explícase, no obstante, la apreciación de Ihering respecto á Röder (que es el *filósofo del derecho* más *especialista* de cuantos estudia), teniendo presente el estado de renovación y de crisis de la filosofía del derecho. En rigor ape-

De las tres opiniones que refieren la protección de la posesión á la *propiedad*, la fundan:

3.—Una (la más antigua) sobre la probabilidad de la propiedad.

Esta opinión era antes muy seguida (1), y Savigny le ha reconocido cierta autoridad en la tercera, cuarta y quinta edición de su obra (2), en tanto que la rechaza en la sexta. En la séptima, publicada después de su muerte, se encuentra una adición suya (pág. 57), según la cual «esta presunción no es

---

nas si hay ésta como ciencia de los principios fundamentales del mismo, y atendiendo á todos los aspectos de la relación jurídica. De ahí que la mayoría de los tratados, y el de Röder está en este caso menos que muchos, son generalizaciones del derecho romano contenido en los monumentos más notables, con algo de lo que en la desorientación del espíritu jurídico colectivo de los pueblos, se va vislumbrando. Todo lo más que acaso se ha logrado es discutir y comenzar á ver el derecho en su concepto por algunos, sin que éste haya penetrado en la vida real y positiva de los hombres y de las sociedades, que todavía fluctúan inseguros y sin brújula bajo la influencia de las Institutas, del derecho canónico y germano, y de lo que merced al poder incontrastable de la necesidad van dejando como precipitado concreto en la conciencia de todos, las soluciones que la vida impone: la vida espontánea y fresca de los que no adaptan su conducta á una ley establecida, sino que obran según las inspiraciones de la conciencia.

La teoría de la posesión de Röder, está en el tomo 2.° de la obra ya citada, páginas 188, 247 y siguientes y 388.—(*N. T.*)

(1) Savigny designa como uno de sus últimos defensores á Hufeland, L. c., pág. 43; pero no se encuentra allí tal opinión claramente acentuada. Véase Randa, nota 7.ª

(2) Párrafo segundo al fin: «Si se pregunta por qué ha sido introducida esta especie de protección contra la violencia, es decir, por qué el expulsado debe obtener la restitución de la posesión (acaso injusta) que ha perdido; se puede afirmar con certeza que tal protección descansa sobre la presunción general de que el poseedor puede ser también el propietario. En esta relación se puede considerar la posesión como una sombra de la propiedad, como una propiedad presunta; pero eso no se refiere más que á la institución jurídica en general, no al motivo jurídico de una protección concreta cualquiera.»

precisamente errónea en sí misma, puesto que en realidad la mayor parte de los poseedores tienen efectivamente derecho á la posesión; sin embargo, es preciso prescindir de ella, en virtud de la teoría especialísima del derecho romano en materia de posesión.»

No radica el defecto de esta opinión donde Savigny lo señala; esto es, en el supuesto de que el derecho *romano* no *conocía* semejante presunción, puesto que no se trata aquí de un precepto jurídico positivo, sino más bien de una cuestión legislativa que no ha sido desenvuelta en el derecho romano, y para lo cual podemos servirnos de expresiones desconocidas de los romanos, con tal que sean exactas. El defecto radica en que el motivo que se alega tendría á su vez necesidad de ser motivado. Aun suponiendo que el legislador dijese: Yo quiero presumir que el poseedor es propietario; todos podrían preguntarle: ¿*Por qué* lo presumes? Es una regla que todo derecho debe ser demostrado; ¿qué motivo hay que obligue á eludirla excepcionalmente respecto de la propiedad? No basta para ello que el resultado de la estadística sea el de que en la mayoría de los casos el poseedor es al mismo tiempo propietario, como no basta la estadística de la mortalidad para razonar una presunción respecto de si determinada persona ha muerto ya á una edad dada ó si vive todavía. Por lo demás, esta presunción debería en rigor lógico llevarnos también al resultado de conceder al poseedor anterior una *in rem actio* contra terceros (acción en pro de la posesión más antigua); pues una vez reconocida como fundada la presunción, ¿por qué habrá de restringirse á un solo caso? Ocurre con esta lo que con la otra presunción que más arriba hemos rechazado, á saber: la de la legalidad ó de la buena fe personal del poseedor. El elemento de verdad en esta opinión consiste en la idea de que en la posesión se trata de una prueba especial y más fácil de la propiedad—así llamamos á la posesión en este sentido, propiedad presunta, provisional, ó, como Savigny, una sombra de la propiedad;—pero después de haber sentado *este hecho,* aún no se ha

indicado el *fundamento* del mismo, ni la necesidad de facilitar la prueba. Por nuestra parte tratamos de hacerlo más adelante.

Del matiz de la indicada opinión, según el cual la propiedad *posible* es la que está protegida en la posesión (1), debe decirse que si con eso se quiere indicar el motivo legislativo de la protección posesoria, se agrava la dificultad más bien que se resuelve. El salto de la simple posibilidad de la propiedad á la protección de la posesión, es aun más grande que aquel que parte de la probabilidad; ¿porque, en verdad, deberá ser protegida una simple posibilidad, y dónde encontrar además ejemplos de una protección semejante?

La segunda opinión que toma el fundamento de la protección de la posesión en la propiedad es

4.—La de Gans (2): lo que se protege en la posesión es la propiedad que empieza

Uno de los efectos de la posesión, sin duda, consiste en la usucapión, y es perfectamente exacto que la *actio publiciana* protege en la posesión *ad usucapionem* la propiedad que empieza. Pero como ya hemos dicho en diferentes ocasiones (3), sólo en la posesión *ad usucapionem*. La posesión del *malæ fidei possessor* (4) por mucho tiempo que dure no conduce á la pro-

(1) No se encuentra científicamente desenvuelta en ninguna parte, pero se apoya en expresiones ocasionales y en matices lingüísticos que no he reunido. No se trata aquí de la «posibilidad jurídica subjetiva» de Puchta (Curso, § 122) que no es más que, bajo otra forma, la expresión de su opinión misma, y la cual se menciona más adelante.

(2) *System des Röm. civil rechts* (Sistema de derecho civil romano); Berlín, 1827, páginas 201-212. *Ueber die Grundlage des Besitzses* (Sobre el fundamento de la posesión); Berlín, 1839. Véase más adelante otro sistema del mismo autor.

(3) Rudorff en *Zeitschrift. f. gesch. R. W.*

(4) Se parte aquí de un supuesto muy poco fundado, á causa de ver la posesión como momento tan sólo para la relación jurídica de propiedad material, siendo así que *poseer* el medio es el primer paso en toda relación jurídica que se cumple, y el cual en sí mismo entraña ya toda una relación es-

piedad, y sin embargo es protegida. Esta protección—y se trata aquí precisamente de la protección de la posesión como tal—no puede, pues, ser justificada desde el punto de vista que nos ocupa (1).

Aquí debería exponer mi propia opinión, pero prefiero aplazarla todavía y examinar antes las teorías absolutas.

---

pecial de derecho. Por esto, no puede hablarse de verdadero *poseedor* de mala fe. Este no *posee* en rigor jurídico, sino que *detenta* la cosa, y la ley no le *protege*, no puede *protegerle* como tal, sino en cuanto exteriormente se revele como poseedor de buena fe.—*(N. del T.)*

(1) Ciertamente como *paso* para la propiedad *legal* del aprovechamiento de objetos naturales dados, no; pues mirada la posesión en sí misma, no siempre es el *comienzo* de una propiedad que se hace (el arrendador, el prestatario, el depositario, etc.); pero, sin que la posesión sea eso, si se da á la propiedad un sentido más amplio, como realización de la relación total del aprovechamiento de los beneficios que las cosas reportan, la posesión es el comienzo de la propiedad, y sólo en atención á esto, es decir, en atención á que por ella se va á la realización plena de la relación jurídica (aplicación de la condición al fin) tiene el valor que tiene en el derecho.—*(N. del T.)*

IV

Las teorías absolutas.

1.—LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD

Al lado de la opinión respecto de la cual acabamos de hablar, se encuentra en Gans otra solución distinta del problema. La detención de la cosa, dice, considerada como acto de la voluntad del sujeto, pnede ya encontrarse en armonía con la «voluntad universal», es decir, con la ley—y en ese caso tenemos la *propiedad*—, ya descansar tan sólo sobre la «voluntad particular»—y en tal caso tenemos la *posesión*—; el motivo por el que la voluntad es reconocida y protegida, aun en esta última dirección, consiste en que la voluntad «en sí misma, es un elemento sustancial que reclama protección; la voluntad particular de la persona, cuando se aplica á las cosas, es un derecho y debe ser tratada como tal». Puchta (1) adoptaba la idea de Gans y la convertía en su conocida opinión, según la que la posesión es un derecho de la persona misma. En sentir de este autor, «la voluntad de una persona jurídicamente capaz debe,

---

(1) En su monografía, publicada primero en el *Museum Rhenan*, 3.º, número 17, y luego recogida en sus *Misceláneas* con el título de *In Welcher Klasse von Rechten gehort der Besitz (¿A qué clase de derechos pertenece la posesión?)*. Véase además la monografía publicada por primera vez en la misma revista, núm. 15, *Uber die Esistenz des Besitzrechts (Sobre la existencia del derecho de posesión)*. No obstante la polémica violenta que sostenía contra Gans en la primera de esas disertaciones, Puchta admite en la segunda, pág. 265, nota *a*, que «Gans se expresa en el mismo sentido».

hasta cierto punto (?), ser reconocida en derecho, aun antes de haberse afirmado como justa, precisamente porque es la voluntad de una persona jurídicamente capaz, y que en tal supuesto es *posible* que sea justa. En la posesión se encuentra, por consiguiente, protegida la posibilidad del derecho, es decir, la capacidad jurídica; el derecho de posesión no es más que una especie particular del derecho de la personalidad, el derecho de personalidad aplicado á la sumisión natural de las cosas.»

A diferencia de Gans y de Puchta, que no tratan la cuestión del fundamento de la protección dispensada á la posesión más que con ocasión de la naturaleza jurídica de ésta, Bruns (1) ha hecho de ello el objeto de un examen por separado. Pero desde el primer momento, pone el problema en un terreno demasiado estrecho, limitandò la protección contra «la violencia, la perturbación violenta y la substracción». No sería difícil, según él, alegar consideraciones empíricas de oportunidad que justifiquen semejante protección, pero «eso significaría poco en una cuestión en la cual la ciencia exige positivamente una necesidad jurídica interna sacada de la naturaleza misma de la posesión». De los dos factores de la posesión, el poder físico y la voluntad, el primero, como simple estado de hecho, no encierra el menor fundamento de una protección jurídica, pero ya es otra cosa cuando se trata del segundo. «La voluntad que se realiza en la posesión, aun cuando en sí no constituya *derecho* alguno, y aun cuando exista *puramente como hecho,* quizá hasta en contradicción palmaria con el derecho, debe, sin embargo, ser protegida en razón de su naturaleza general. La voluntad es por sí, en su esencia, absolutamente libre, y precisamente el reconocimiento y la realización de esta libertad es lo que constituye todo el sistema jurídico. La coacción y la violencia ejercidas contra la voluntad son, pues, en general, por

---

(1) *Recht des Besitzes im Mittelhalter und in der Gegenwart (Derecho de posesión en la Edad Media y en la época actual).* Tubinga, 1848, part. 78.

sí mismas, y sin mirar á su legalidad particular, injusticias contra las cuales la voluntad debe ser protegida. Sólo cuando la voluntad se coloca en oposición inmediata, directa contra la voluntad universal, ó el derecho (resistencia contra la autoridad del Estado ó vías de hecho contra otro), es cuando aparece como voluntad injusta, en contra de la que están permitidas la coacción y la violencia.—La posesión no es, pues, un derecho como la propiedad, la obligación, etc., etc., sino un hecho; y este hecho es protegido contra la violencia, sólo porque es la manifestación positiva de la voluntad y en consideración á los derechos generales de la voluntad. Son, por tanto, la personalidad y la libertad de los hombres los que, ante todo y sobre todo, reciben en la protección de la posesión una plena consagración jurídica» (1).

---

(1) Aparte de si estas opiniones están ó no conformes con el derecho romano, cuestión que luego ventila Ihering, desde un punto de vista filosófico, se prestan á muy largas consideraciones críticas. Por de pronto nos encontramos frente á la teoría de la voluntad en el derecho, que el mismo Ihering refuta de un modo contundente en su *Espíritu del derecho romano* (tomo 4.°). En efecto, la voluntad en sí misma, sin un contenido sustancial, no basta para determinar el derecho. La voluntad es elemento formal del derecho, el cual, refiriéndose á la conducta humana, abarca todas las facultades del hombre como ser de razón que es, en virtud de lo cual es ser jurídico. Por otra parte, ¿dónde habrá criterio más arbitrario que el sustentado en el texto? ¿Cómo ha de ser protegida la posesión porque sea una manifestación tan sólo? Sin la *evidencia*, siquiera sea *aparente*, de que el fondo de la voluntad es bueno, ¿qué principio puede invocarse para proteger la posesión? El poseedor actual, que exterioriza su voluntad, que realiza su personalidad en las relaciones de detención de un objeto, es respetado, no en su voluntad misma, sino en cuanto esta voluntad aparece conforme al derecho.

Mucho podría decirse también respecto de la oposición de la voluntad (privada, individual, sin duda) á la voluntad universal, ó sea el derecho. Pero esto nos llevaría muy lejos al discutir: 1.°, si la voluntad, aun cuando sea universal, crea el derecho, ó si *puede* tan sólo ser órgano del derecho; y 2.°, si siempre que la voluntad se opone y resiste á la autoridad del Estado, viola el derecho, con lo cual se zanja de plano la difícil cuestión del derecho de resistencia (Revoluciones y demás), y por otra parte se niega lo que con frecuencia ocurre; es, á saber, que el derecho puede estar de parte de la vo-

Varios autores se han adherido á esta opinión (1): es posible que tenga algún atractivo y que seduzca, pero yo la conceptúo completamente insostenible. Aun cuando difiere de la opinión de Savigny en cuanto da á la defensa un motivo interno, la voluntad concreta incorporada en la posesión, mientras que Savigny la aplica á la posesión como un postulado externo del orden jurídico, sin embargo, se confunde en último término con la misma opinión de Savigny (2), según éste lo ha hecho notar con mucha razón contestando á Puchta (pág. 62). «Yo también, dice, fundo esta protección sobre la inviolabilidad de la persona y sobre la relación que establece entre ella y la cosa que la misma se ha sometido.» Dudo, no obstante, si transportando de esa suerte la injusticia de la violencia de la esfera del orden objetivo á la de la voluntad subjetiva, se logra otra cosa que empeorar la teoría de Savigny, en vez de mejorarla. De todos modos, me es incomparablemente más fácil concebir la defensa de la violencia, desde el punto de vista del orden jurídico objetivo, que desde el punto de vista de la voluntad subjetiva.

La solución de una controversia no puede esperarse sino

---

luntad (privada, individual) y contra el Estado, y su órgano el Gobierno...

Lo que en cambio consideramos muy en su punto es lo que dice Bruns respecto de que, al proteger la posesión, lo que se protege ante todo es la personalidad, pero no porque ésta sea inviolable en todas las manifestaciones de su voluntad, sino porque al desarrollarse las relaciones *jurídicas*, esto es, al producirse adecuadamente la actividad *racional* de la persona, la posesión del *medio* es un momento esencial, y no pretegerla sería negar las condiciones de vida á la persona misma. Mas no debe olvidarse que se ha de exigir que la relación en que la persona se pone como sujeto activo (relación, si se quiere, para la propiedad) ha de *ser* en sí misma, ó *aparecer* como si lo fuese, relación *jurídica*, y por tanto, la voluntad que se manifiesta ha de tener un *contenido* jurídico, que es el que motiva y justifica la protección sin duda. *(N. del T.)*

(1) Especialmente Randa, ob. cit., y también Rudorff en la última edición de la *Posesión* de Savigny, pág. 581. Windscheid, *Pandectas*, § 148, nota 6.

(2) Así lo reconoce también Winscheid, loc. cit.

cuando de antemano se ha establecido un acuerdo respecto del punto de vista que se quiere adoptar. Esta observación es de la más alta importancia para la cuestión que nos ocupa, porque parece que se está muy lejos de una adecuada conformidad acerca del punto de vista en que es preciso colocarse. Ya es el derecho romano el punto que se supone, ya es un derecho ideal que se acomoda á las necesidades del momento (1). He aquí por qué creo oportuno declarar que toda la discusión que va á seguir está exclusivamente fundada en el derecho romano. Si consigo, como espero, probar que la teoría de mis adversarios no puede en manera alguna conciliarse con el derecho romano, ni con su doctrina especial de la posesión, ni con otras doctrinas y sus principios, quedará sentado que esta teoría puede tener un valor filosófico-jurídico ó legislativo—no trato esta cuestión, por más que pongo eso en duda—; pero no podrá ciertamente aspirar á un valor histórico ni á tener una autoridad dogmática, que es todo lo que me propongo demostrar.

Estoy plenamente de acuerdo con mis adversarios para admitir que la voluntad es la *vis agens* de todo el derecho privado. Pero la voluntad encuentra su medida y sus límites en la ley,

---

(1) Independientemente del derecho romano y de todo derecho positivo, cabe considerar la cuestión desde el punto de vista de la filosofía del derecho, que es al que se alude en la nota anterior. Y ante la transformación actual de los derechos positivos, que no encuentran en el derecho romano todas las inspiraciones necesarias, en virtud del cambio radical de las condiciones de la vida, principalmente en las relaciones de propiedad, creemos de necesidad imprescindible el examen de todos los problemas que en el de la propiedad van implícitos á la luz abierta de la filosofía. Quizá lo que más falta hace hoy, es buscar un criterio fundamental jurídico en que basar las instituciones positivas que la transformación interna de la vida social exige y apenas se vislumbra todavía. Y cuenta que una de las instituciones positivas que piden nueva savia, es la que se deriva del concepto romano de la propiedad, que es, después de todo, el que supone ciertas dificultades para comprender y organizar la *posesión*, á diferencia de *dominio absoluto* y *pleno* de las cosas.

Por supuesto, no se trata aquí de un *derecho ideal* que se acomoda á las necesidades del momento.—*(N. del T.)*

y no llega á ser un poder jurídico más que cuando se mantiene en los límites que le han sido asignados por la ley. No es verdad que aun fuera de esos límites, sin la protección del derecho, y hasta en abierta contradicción con él, pueda pretender su eficacia; el derecho, para concedérsela, tendría que ponerse en contradicción consigo mismo. En mi sentir, es ponerse un enigma, decir que el fin del derecho, que es «garantir en los límites de la posibilidad la efectuación y realización sin trabas (?) de la voluntad individual», tenga por consecuencia «que la voluntad traducida en acción debe ser jurídicamente protegida contra toda coacción no legítima, aun cuando aquélla no se encuentre dentro de los términos del derecho, sino tan sólo en los del hecho» (Randa, p. 86) (1). Es preciso distinguir la personalidad y la relación constituída injustamente. La primera, á pesar de la injusticia cometida, queda lo que ella es y no pierde en nada su protección jurídica; pero no se sigue de esto que la personalidad pueda, como un santo milagroso, ennoblecer, curar, depurar todo lo que está enfermo ó impuro, y cubrir con el amplio manto de su propia protección jurídica todas las relaciones injustas á las que haya podido incorporarse su voluntad. Tales relaciones pueden ser perfectamente separadas de ella; son su obra, pero no su personalidad misma; y se puede destruir la obra (2), sin tocar al obrero. «Pero, se dice, el golpe contra la obra es ya por sí mismo una

---

(1) Me parece eso aún más incomprensible ante la sagacidad con que el autor muestra á continuación lo débil de la alegación de Savigny en pro de que la sustracción violenta de la posesión es por si misma una injusticia. V. más arriba. Su supuesto derecho de la voluntad á ser protegida contra toda violencia, aun en el caso de injusticia, no es otra cosa, en efecto, que la repetición, bajo otra forma, de la idea de Savigny sobre la interdicción de la defensa privada, la transformación de un principio jurídico objetivo en un derecho subjetivo.

(2) En virtud de ésto, es por lo que la consideración de la personalidad prohibe al acreedor maltratar al deudor fugitivo, pero no confiscar las cosas que pueda cojer sobre él. L. 10, § 16 *quæ in fr cred.* (42, 8.)

injusticia.» Es precisamente lo que yo discuto. Ahí está la idea de Savigny de la injusticia formal implícita en toda lesión de la posesión; pero, en mi sentir, no puede resistir al examen en el derecho romano.

El Estado puede acudir siempre, y acude en efecto, á prohibir y á mantener la violencia dentro de ciertos límites, sin hacer excepción alguna, en favor de aquellos que han sido víctimas del robo ó del bandidaje, cuando emplean la violencia contra el ladrón ó bandido. Pero el motivo que determina al Estado, no es la creencia de que aun los ladrones y los bandidos tienen, en virtud de la libertad absoluta de su voluntad, un derecho irrecusable á ser protegidos en el pacífico goce de sus rapiñas, sino la consideración legislativa y política, según la que la defensa privada es un arma de doble filo, y que vale más que el Estado mismo sea quien sostenga la balanza de la justicia (1). Desde el punto de vista del sujeto, no puedo, por lo que á mi concierne, llegar á condenar la defensa privada, y la historia misma no ha llegado á ella, sino después de haber atravesado por la fase de la *subjetividad* pura del derecho. ¿Qué injusticia sufre el bandido si la víctima le sustrae la cosa robada inmediatamente? (2). La voluntad, se dice, es libre; toda

(1) Pueden ser estas meras consideraciones de oportunidad, un motivo circunstancial que tiene su fuerza en la producción del derecho positivo; pero debe tenerse en cuenta que la protección no se dispensa al *poseedor ladrón*, sino en cuanto *no lo es* actualmente, es decir, en cuanto para las relaciones exteriores sociales y á juicio del Estado aparece como hombre honrado. Podrá luego resultar *ladrón* efectivamente; pero mientras no *resulte*, es como si no lo *fuera*. Ya hemos dicho que es preciso colocarse en el punto de vista de los datos sensibles que socialmente se ofrecen para definir por el momento, y sin perjuicio de lo que con nuevos datos pueda afirmarse, la posición del poseedor actual. Esto aparte también de lo que en otra nota dejamos expuesto respecto á la explicación del principio, según el cual, nadie en un Estado social de derecho debe tomarse la justicia por su mano.—*(N. del T.)*

(2) Claro es que la afirmación, según la cual, no debe nadie hacerse justicia por su mano, no niega la *legítima defensa de la persona y bienes* que los códigos consagran, ó de otra suerte, habría que sufrir sin protesta, y en espera de una acción ulterior y menos segura quizá del Estado, todos los ata-

coacción es contraria á su esencia. ¿Pero no es en virtud de una coacción por lo que la autoridad pública arrebata la cosa violentamente á aquel que no tiene derecho? Sí: pero, se añade, eso se hace con formas jurídicas. Es verdad: pero el hecho de la coacción subsiste siempre; la voluntad, pues, no es tan absolutamente inviolable, ni la coacción tan absolutamente condenable.

La resistencia de la voluntad ilegal contra el derecho puede y debe ser, en su caso, rota por la violencia externa: el medio de alcanzar ese fin es una mera cuestión de forma, cuya solución adecuada es sin duda uno de los problemas más importantes de la administración de justicia; pero que no constituye, en mi concepto, un derecho de los ladrones y bandidos—como la recta dirección del sitio de una plaza fuerte no es un derecho de los sitiados.

Pero escuchemos al derecho romano en esta cuestión. Nosotros preguntamos: la defensa privada y la violación, ¿son de una manera absoluta una injusticia irreconciliable con la idea de la libertad de la voluntad, tal cual es realizada en el derecho *romano?*

Esta cuestión debe, sin duda alguna, ser resuelta negativamente desde el punto de vista del derecho *antiguo*. Ese derecho, lejos de condenar y de perseguir en principio la defensa privada, veía en ella, por el contrario, una manifestación natural, una consecuencia necesaria de la libertad de la voluntad, y atendía sólo á que aquélla se mantuviese en los justos límites y según las fórmulas prescritas (1). El derecho nuevo también,

---

ques de la injusticia. Pero para aclarar adecuadamente esto, es necesario tener presente las condiciones que deben concurrir en la defensa para que sea legítima, y además, que modifica grandemente las consecuencias sociales de la defensa de las cosas la naturaleza de las mismas, según sean muebles ó inmuebles. De todas suertes, el ladrón alcanza la protección jurídica sólo cuando *no parece tal*, lo que no ocurre en el caso á que Ihering alude en el texto.—*(N. del T.)*

(1) V. mi *Espíritu del derecho romano*, I, § 11 (2.ª edic., págs. 118-167.)

bajo el influjo de esas maneras de ver nacionales antiguas, concedió á la defensa privada una extensión que no puede conciliarse con la opinión que combatimos. El *possesor justus* tenía, hasta Justiniano, el derecho de expulsar violentamente (siempre que no fuese á mano armada) al *possesor injustus* que hacía resistencia: de igual suerte el arrendador y en general el poseedor podía expulsar á aquel que detenía la cosa en su nombre (1) y al ausente que durante la ausencia se hubiese apoderado con la posesión de sus fundos. ¿Cómo puede conciliarse todo esto con la opinión de que la idea directriz de toda la teoría posesoria es la inviolabilidad ó la absoluta libertad de la voluntad? Que los jurisconsultos romanos, modificando adecuadamente la noción de la posesión, hayan referido esos casos en todo ó en parte á la noción de la defensa privada, es indiferente. Lo decisivo es que todas esas personas tienen de hecho la cosa en sus manos: la voluntad de mantenerse en ese estado se manifiesta claramente y de un modo indudable por la resistencia que oponen: sufren por lo tanto esta injusticia que se supone encierra una lesión absoluta de la personalidad, y contra la cual el derecho no puede dejar á nadie sin defensa: á saber, la *violencia*. Y, sin embargo, se ven obligadas á sufrirla.

Se ve, por lo expuesto, que el derecho romano, lejos de aplicar á la doctrina de la posesión el punto de vista *formal* de una injusticia que descansa únicamente sobre la violencia, se deja guiar por el *material* de la relación jurídica que existe entre las personas. El mismo acto de violencia, según que es cometido por ó contra personas diferentes, está sometido á una apreciación completamente distinta, según las relaciones recíprocas de esas personas.

Lo que acabamos de observar con respecto á la posesión,

---

(1) Esta última consecuencia, que yo he sostenido siempre, acaba de ser ampliamente desenvuelta por K. Ziebarth. *Die realexecution und die obligation* (La ejecución real y la obligación). Halle 1866, pág. 57 y sigs.

ocurre también con respecto al *derecho de obligaciones.* Si el punto de vista que combatimos fuese fundado, todo poseedor de una cosa de otro, aun el ladrón, debería tener contra la sustracción ó el daño las acciones penales correspondientes. ¿Y es este el caso? No. La *actio legis Aquiliœ*, la *condictio furtiva*, la *actio vi bonorum raptorum,* se niegan á todas esas personas, y en general á todo *malœ fidei possesor*, y no sólo contra el verdadero propietario, sino contra cualquier tercero (1). Ahora bien: la cuestión que nos ocupa se presentaba á los jurisconsultos romanos de una manera aun más clara para esas acciones que para los interdictos posesorios, porque aquí es preciso decidir *exprofeso* la cuestión relativa al delito. Si es en absoluto un delito arrebatar violenta ó clandestinamente una cosa á otro, ó dañarla y destruirla, ¿por qué esas personas son privadas de los remedios de que se trata? ¡Qué contradicción más palmaria aquella en que caen nuestros adversarios! Las acciones posesorias, cuya naturaleza penal es por lo menos bastante problemática, persiguen como *delito* un acto que no es considerado como tal en las acciones cuya naturaleza penal no ofrece duda alguna. Lo propio ocurría con la *coacción* antes del *Decretum Divi Marci:* el deudor, violentado por su acreedor, no tenía contra éste una acción penal; la injusticia formal contenida en la violación de la libre voluntad del deudor, no era tomada en consideración, frente al derecho material del acreedor (2).

De todo lo que precede debiera resultar con evidencia, al menos, que no es una idea romana, sino moderna, la de dar á la voluntad una posición inatacable, de la cual no puede ser desalojada más que en forma jurídica, y la de pretender que la voluntad, aun cuando se encuentre en contradicción con las leyes, puede solicitar ser protegida por sí misma. Es, por tanto, imposible que esta idea haya servido de regla á los romanos

---

(1) V. para la *actio leg. Aq.*, l. 2.º, § 6.º y 8.º, *ad leg. Aq.* (9, 2.), para las otras acciones ver más arriba.

(2) L. 12, § 2.º, quod met. (4, 2.).

en su concepción de la posesión. Para mejor convencernos, examinemos esta concepción en sí misma.

Si la relación exterior de la posesión no adquiere importancia más que por la circunstancia en virtud de la cual la voluntad se incorpora á ella, y si es lesionada con ella; si por consecuencia los interdictos posesorios descansan en el supuesto de la *lesión de la voluntad*, se puede preguntar:

1.° Cómo tales interdictos pueden concederse en el caso en que no se encuentra lesión alguna de la voluntad y cuando se trata únicamente de la existencia ó no existencia de la posesión (1).

Dos pretendientes de una herencia que intentan colocarse en posesión de los fundos hereditarios, llegan por distintos caminos en el mismo instante á ellos: desean saber cuál de los dos ha adquirido la posesión, si el uno *in solidum* ó ambos en junto. No puede ofrecer duda que deben debatir la cuestión por medio del *interd. uti possidetis,* porque de seguro no se les obligará á cometer actos de violencia, á fin de poder mostrar una lesión de la voluntad. Dos coposeedores se encuentran en desacuerdo acerca de una separación, y desean provocar una decisión judicial. Según la ley 12, *Comm. div.* (10, 3), la obten-

---

(1) Es, después de todo, lo que puede ocurrir en el interdicto de adquirir, según nuestro derecho. Sabido es que este interdicto, para que proceda, según el art. 1633 de la ley de Enjuiciamiento civil, es requisito indispensable «que nadie posea á título de dueño ó de usufructuario los bienes cuya posesión se solicita», y se propone dar la posesión de éstos al heredero testamentario ó abintestato (art. 1634). Pero puede ocurrir que al realizar el interdicto se presente oposición sobre el derecho á poseer del reclamante, ya por que haya quien tiene el dominio ó usufructo de los bienes, bien por que haya otro que por una disposición testamentaria ú otro derecho se haya posesionado de los mismos. El debate entonces, según los artículos 1642 y siguientes de la ley, recae sobre el hecho de si existe ó no realmente posesión, y en rigor, no ha habido lesión de la voluntad de nadie. ¿Por qué se ampara aquí la posesión? Pues por virtud del mismo principio que sustentamos en las notas; porque en las *pruebas* y *fundamentos* exigidos, el amparado aparece como una persona *proba* y con *derecho*.—*(N. del T.)*

drán mediante el *int. uti possidetis,* sin que se les exija para ello un acto de violencia. El *interd. utrubi,* antes de Justiniano, permitía reclamar la posesión aun contra tercer poseedor que no había recibido la cosa del demandante, sino de un tercero cualquiera, y acaso hasta de una manera legal. La idea de un delito era tan extraña á este interdicto como á la *reivindicatio.*

2.º Si es *la voluntad* lo que se protege, y si la posesión se presenta sólo como manifestación de la voluntad, ¿por qué exigir la condición de la posesión cuando la voluntad se ha manifestado de otra manera? Un cazador persigue una pieza, otro la mata ante su vista, ¿por qué no se concede aquí una acción contra el segundo por haber frustrado la voluntad del primero? (1).

En un local público, uno coloca un signo sobre una silla, otro que lo ha visto se apodera de la silla. La voluntad de ocupar la silla estaba claramente manifestada por el primero; pero ¿quién podrá pensar en ese caso en una acción posesoria? E importa poco, por lo demás, que la voluntad tienda á la detención temporal ó permanente de la cosa. Si la voluntad por sí misma merece protección, debe ser respetada lo mismo en un caso que en otro.

3. ¡Qué de cosas incomprensibles, además, en el seno mismo de la teoría de la posesión! ¿Por qué no hay posesión sobre las cosas que no son susceptibles de ella (1), por qué no se da

---

(1) Esta *voluntad frustrada* he aquí cómo se la trata por la legislación vigente de caza en España. Según el art. 38 de la ley de Caza, si una ó más reses fuesen levantadas y no heridas por uno ó más cazadores, ó sus perros, y otro cazador matase una ó más de aquéllas durante la carrera, el matador y los compañeros que con él estuvieran cazando tendrán iguales derechos á las piezas muertas que los cazadores que las hubiesen levantado y perseguido.—*(N. del T.)*

(1) Esta doctrina es la misma vigente según el Código civil de España, el cual, en su art. 437, según vimos, dice: «Sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación». Claro es que siempre se sobreentiende el concepto *legal*, con efectos *legales* de la posesión, pues de otro modo la cosa sería muy discutible.—*(N. del T.)*

acción al hijo de familia capaz de querer, por qué no hay protección para los poseedores á nombre de otro? En todos esos casos la voluntad, como tal, es incontestable, existe lo mismo que en los del ladrón y el bandido, y si para estos últimos la naturaleza jurídica de su relación con la cosa no tiene influencia alguna, á causa de la naturaleza de la voluntad, ¿por qué no es así en los casos primeros? Sólo con pretestos se trata de cubrir ó salvar tan palmaria contradicción. No es siempre verdad que el detentador conozca el motivo que excluye la posesión jurídica en su persona. Un hijo de familia, que en virtud de un anuncio digno de fe de la muerte de su padre, se considera como padre de familia, tiene indudablemente el *animus possidendi*; y sin embargo, su interdicto será rechazado si el adversario demuestra que el padre está vivo todavía. Yo conozco el caso de un comerciante de maderas, que tenía la persuasión de ser propietario del lugar donde depositaba sus maderas después de varios años, al cabo de los cuales se demostró que una parte del referido lugar era *locus publicus*. La autoridad comunal le invitó á desalojar, y ante su negativa, procedió de oficio á hacerlo (1). La lesión del *animus possidendi* exis-

(1) Cuestión es esta que ofrecería alguna dificultad para ser resuelta según el derecho vigente en España. Entraña otra á la cual ya aludimos en otra nota, es á saber: la de si caben *interdictos contra la Administración*. Independientemente, por supuesto, del criterio filosófico que pueda sustentarse respecto del carácter *excepcional* y privilegiado de las cosas llamadas *públicas*, y que en tal concepto están *ó se reputan* fuera del comercio, al tenor de las leyes españolas, es evidente que, no estando las *cosas públicas* (art. 339 del Código civil), en el comercio de los hombres no son susceptibles de posesión (art. 437 del mismo) ni de prescripción (art. 1936), y por tanto la Administración puede proceder á su recuperación por providencias gubernativas. Pero puede esto admitirse: 1.°, de los bienes que, aunque se hallan denominado de dominio y uso públicos, dejan de serlo de uso, por ejemplo, una carretera que se abandona por cambiar el trazado; 2.°, de los bienes patrimoniales del Estado, la provincia y el municipio. Es cuestión esta que, según en otra nota dijimos, se debatió este año (legislatura de 1892) en el Senado, y que se quiso resolver por un proyecto de ley sobre prescripción de los precitados bienes patrimoniales. Actualmente la solución es para algunos dudosa, y en las reso-

tía aquí, y sin embargo, el demandante fué rechazado en la instancia posesoria, por la excepción de incapacidad en la cosa. El heredero que ignora que su autor no era más que un colono del fundo, debe creerse propietario, y tiene por tanto el *animus possidendi* ó *domini*. ¿Pero para qué le sirve si se establece el verdadero estado de las cosas?

Aun admitiendo que el tenedor conozca el motivo que excluye la posesión jurídica en su persona, no veo qué influencia puede eso tener, desde el momento en que sólo se tiene en cuenta la voluntad como tal. ¿Por qué las personas que, como el arrendatario, colono ó el locatario, tienen un derecho al goce de la cosa, derecho relativamente protegido y transmisible á los herederos, no han de poder aspirar por su voluntad dirigida hacia este goce, al mismo reconocimiento y protección que el tenedor en precario, expuesto siempre á una revocación, que el acreedor antecrético, que puede ser alejado en todo momento por una oferta del pago, ó que el usufructuario, que no puede transmitir su derecho á sus herederos? Es una vana sutileza objetar que no tienen aquéllos la voluntad de *poseer*. De ordinario no tienen la menor idea respecto de la diferencia que existe entre la tenencia y la posesión jurídica, y esa voluntad de poseer no se distingue en nada de la de las otras personas indicadas más arriba. Pero, se dirá, que no pueden tener otra voluntad. De lo cual resultaría que el motivo por el que se les niegue la posesión, no radica en su voluntad, sino en la regla

---

luciones del Consejo de Estado y Ministerio de Hacienda hay de todo. Por de pronto, según la ley Municipal, no cabe el interdicto contra las providencias del Ayuntamiento cuando obrase en el círculo de sus atribuciones. ¿Pero es aplicable esta disposición á los casos indicados, y al debatir la posesión de los bienes *no públicos*? El Senado español opina que no, y decidió en pro de la procedencia del interdicto. Y se comprende que así sea, porque tratándose de las cosas patrimoniales del Estado, provinciales y municipales, no hay el *pretexto* (excepción) de la incapacidad en la cosa para ser poseída, y, por tanto, las condiciones generales para que se revele *legalmente* la *probidad* de la persona pueden concurrir.—*(N. del T.)*

de derecho: la posesión les falta porque no tienen la voluntad, ¿y por qué se les niega? ¡Porque el derecho no les concede la posesión!

Bruns (pág. 494) alega como explicación que el «comodato y el arrendamiento no da derecho real, ni, por consiguiente, poder inmediato sobre la cosa.» Pero yo preguntaría si el tenedor en precario tiene un derecho real. No tiene ni el derecho que posee el colono, por cuanto el precario puede serle quitado en cualquier momento. Y sin embargo, ¡tiene la posesión jurídica! Que se suponga por un instante que el derecho romano no se hubiese pronunciado jamás respecto de la relación posesoria de esas dos personas: bueno sería saber si se ocurriría á nadie deducirla de la idea de la libertad y de la inviolabilidad de la voluntad.

El colono no tiene, en derecho romano, derecho alguno posesorio, y ese precepto estaba en vigor en Roma en el origen aun para los colonos de los *ager victigalis*, hasta que obtuvieron, por el Edicto del Pretor, remedios petitorios y posesorios. Semejante innovación, ¿responde á su *voluntad?* ¿Era esta tan modificada, que el Pretor debiera considerarse obligado á reconocerlos como poseedores? Es difícil admitir que el colono ó arrendatario de un *ager victigalis* tuviese una voluntad distinta de cualquier otro.

En la precedente refutación no he comprendido más que los principales defensores de la opinión que combato, y no se exigirá ciertamente que dé á conocer todas las variantes y fluctuaciones con que se reproduce por autores recientes (1). Creo, sin embargo, que debo hacer una excepción en favor de Windscheid, porque esta idea ha sido presentada por este autor de una manera muy distinta de la ordinaria. «Todo individuo, dice en sus Pandectas (I, pág. 365), es igual á otro cualquiera

---

(1) En cuanto á la opinión de Lenz. *Das Recht des Besitzes und seine Grundlagen (El derecho de posesión y sus fundamentos)*, 1860. Véase Windscheid, *Pandectas*, § 150, núm. 1.

en el Estado: ninguno debe elevarse por encima de otro. Toda voluntad que se realice en el hecho, en la posesión, tiene como tal, y hecha abstracción de la justicia de su objeto, un valor igual al de cualquier otra voluntad aislada que quisiera someter la cosa; si una voluntad aislada quiere realizarse frente á la primera, puede ésta acudir á la decisión de los órganos del orden jurídico establecidos por el Estado.» Pero ¿dónde radica el motivo impulsivo de este recurso, si toda voluntad tiene igual valor que cualquier otra? Realmente, en ese caso, como en todos los demás en que la voluntad trata de vencer á la voluntad, y la fuerza á la fuerza, es la preponderancia de la fuerza la que decide (1). Y no se objete que el precedente poseedor puede hacer valer que él ha ejercido ya su fuerza y que el producto debe ser respetado. Sería esto verdad, si ese poseedor tuviera además el derecho de su parte en el acto de la apropia-

---

(1) Es el defecto capital de la teoría de la voluntad, como teoría jurídica. En cuanto se prescinde del contenido de esta voluntad (fin del derecho) y además no se tiene presente, en relación con este contenido, la *cualidad* de la voluntad, que ha de ser libre y buscar el bien que de su actuación en el hecho resulte, la voluntad queda convertida en mero poder de hacer, en mera fuerza, y la ordenación de la misma tiene que ser el resultado del imperio de la voluntad más fuerte. Después de todo, es lo que va implícito en el concepto que del derecho tienen los partidarios de la voluntad general como órgano que define la regla social de vida, según puede verse, v. gr., en Rousseau. Donde resulta esto más claro y patente, es en las teorías políticas. La concepción de la voluntad, según queda dicho, lleva á la omnipotencia de las mayorías y al fin despoja al poder del Estado (soberanía) del límite natural y espontáneo, que le impone su carácter ético, para convertirla en un poder que no encuentra su límite más que en el agotamiento de la fuerza coactiva de que materialmente dispone. La concepción moderna del llamado *Estado jurídico (Rechtsstaat)*, tiene el mérito de rectificar el sentido, indiferente á la *ética*, de la *concepción* prasológica del derecho, suponiendo en las manifestaciones de la voluntad política la idea de que deben producirse llevando en sí mismas el criterio del límite jurídico, es decir, la idea de que el poder político es, como todo poder humano, poder *moral, libre*, que sólo es legítimo cuando obra en su esfera y para su fin (racional).

Una crítica de la teoría de la voluntad, puede verse en las notas de Giner á la *Enciclopedia jurídica*, de Ahrens, t. I.—*(N. del T.)*

ción; en otro caso, por ejemplo, si el bandido más fuerte, que ve que le arrebata la cosa otro bandido, reclamase sólo su posesión, es decir, acerca del hecho del empleo de la fuerza, su adversario podría emplear exactamente el mismo argumento, el hecho habla en este instante á su favor. Si se hace descansar la posesión únicamente sobre la voluntad de hecho, si se la desliga de ese modo de toda relación con el derecho, entonces la posesión no es más que del que más pierde, y en vano se tratará por medio de reglas jurídicas, tales como, por ejemplo, *in pari causa condictio possidentis melior est*, de evitar la necesaria consecuencia de que la fuerza venza á la fuerza. Con el recurso de la simple voluntad de hecho, es imposible construir la posesión. La voluntad que se pone en oposición con el derecho, no puede aspirar á ser protegida, y si el derecho se ha visto en la necesidad de concedérsela con respecto á la posesión, es preciso buscar las razones, no en la voluntad misma, sino en otra parte.

V

Opiniones absolutas.

2.—LA TEORÍA DE STAHL

En sentir de Stahl (1), la posesión lleva en sí misma su importancia jurídica. La opinión de Stahl es, por tanto, absoluta.

«La posesión, como la propiedad, sirve al destino general del patrimonio; esto es, para la satisfacción de las necesidades humanas por medio de las cosas. Por esto conviene concederle también una protección jurídica diferente de la propiedad, es decir, no una garantía *de la cosa misma*, garantía por consiguiente dirigida contra toda persona que detiene la cosa, sino tan sólo una garantía del *estado de hecho*, dirigida no más contra aquel que *hace cesar* este estado (por medio de una acción *positiva*, esto es, un delito). La intención del poseedor es conservar el *estado de hecho de la cosa.* La institución de la posesión no es más que un reglamento provisional ó subsidiario de la misma relación, cuyo reglamento definitivo y verdadero es la institución de la propiedad. He aquí por qué la posesión debe estar en relación constante con la propiedad.»

El fundamento de la protección posesoria descansa según esto, en la idea de Stahl, sobre el aspecto económico que pre-

---

(1) *Die Philosophie des Rechts (La filosofía del derecho)*, dos vols., sect. I, páginas 364 y siguientes, segunda edición.

senta para el comercio aun la simple detención. Este interés es, yo lo recononozco, perfectamente incontestable por lo que concierne al poseedor en particular: para el empleo económico que él quiera hacer de la cosa, importa poco que esté autorizado ó no; si la cosa le es sustraída, ya está económicamente lesionado (1). Pero este punto de vista del interés económico puro no es decisivo para el derecho. A este interés debe juntarse además un motivo que autorice al poseedor á querer ser jurídicamente protegido. Allí donde falta ese motivo se le debe negar la protección, y el interés queda un simple interés de hecho; allí donde existe el derecho, concede su protección y eleva así el simple interés al rango de *derecho*. Respecto á la relación de la persona con la cosa, el derecho romano refiere esta protección á la noción de la propiedad, es decir, á la prueba de las condiciones que se determinan en la teoría sobre los modos de adquisición de la propiedad.

La intención, el fin del derecho, es realizar el estado que corresponde de hecho á la noción jurídica de la propiedad, de asegurar la posesión al propietario. Es en verdad fácil de concebir que en el interés del orden público, el derecho prohibe toda perturbación arbitraria del estado de hecho de las cosas —por una medida de policía—; pero de ahí no resulta en manera alguna que, después de una perturbación causada al poseedor por el propietario, la controversia que pudiese decidir de un modo definitivo las relaciones de esas dos personas, deba ser limitada tan sólo al estado de hecho y separada solamente de una manera provisional por consecuencia de la prohibición

---

(1) Por supuesto que aun cabría discutir si de tal manera cabe separar lo *económico* de sus elementos ó aspectos *jurídico* y *moral*, pues acaso habrá que rectificar ese afán de los economistas de prescindir en las relaciones económicas de tales elementos, cayendo así en una concepción egoísta de la vida, que influye no poco en la difícil situación actual de la cuestión social, aparte de la *sequedad* que tal modo de ver introduce en el derecho privado mismo. No insistimos más, porque ya indicamos en otra nota la necesidad de relacionar los aspectos ético y económico de toda relación de derecho.—*(N. del T.)*

impuesta al propietario de prevalerse de su propiedad. Por encima del interés de la conservación de un puro estado *de hecho*, se encuentra ciertamente el del restablecimiento del estado *de derecho*, y si la misión de la policía está en efecto limitada al primero, repugna á la misión del juez no dar oídas al derecho, reduciéndose á no escuchar más que el hecho. Stahl mismo ha observado esto, y así encuentra en la excepción de la propiedad, que supone acordada por la práctica judicial germánica, contra el poseedor, un progreso en el desenvolvimiento de la idea de la posesión. Por supuesto, que si esta innovación existiese realmente, lo que no es cierto, contendría un completo abandono de la noción posesoria romana. Y es de esta última, no de una noción arbitraria, de lo que aquí se trata.

Todavía hay otro punto en la teoría romana de la posesión que no puede conciliarse con la idea de Stahl, á saber: la antítesis, fatal á tantas otras tentativas de explicación, entre la posesión jurídica y la simple tenencia (1). Si la conserva-

---

(1) Creemos conveniente para la clara inteligencia del pensamiento de Ihering acerca de la posesión, trasladar aquí las interesantes observaciones que en otro libro suyo hace respecto de la terminología de la posesión. «Nuestra terminología actual, dice, como la de los juristas romanos, presenta una imperfección, cuyos efectos he sentido vivamente en el curso de mis investigaciones. Citaré, ante todo, la falta de precisión que resulta de la anbigüedad de la palabra *posesión* (poseer, poseedor). Al igual que el término latino *possessio*, se aplica á la vez á la posesión natural y á la civil, lo que en el caso en que se quiere distinguirlas obliga á añadir un calificativo. Yo no emplearé más que una sola palabra, á pesar de eso, para designar cada una de las dos relaciones. Llamaré la posesión natural *tenencia*, y designaré la civil con el nombre de *posesión*. Por posesión y poseedor será preciso entender siempre la posesión y el poseedor jurídico. Para designar la relación común del tenedor y posedor con la cosa, conservaré la expresión tradicional *relación posesoria*, que no se presta al equívoco desde el instante en que designa posesión y tenencia por medio de expresiones especiales. Con la misma significación general me sirvo de la frase: *voluntad de poseer*. Cuando se trata sólo del poseedor, hablaé de *animus dominus*.»

Dspués habla Ihering de la imperfección de la terminología para expre-

ción del estado de hecho es el fundamento y el fin de la protección posesoria, ¿por qué restringe el derecho romano esta protección al poseedor jurídico? Si se tiene en cuenta el interés económico de la persona, el del colono ó arrendatario no es ciertamente menor que el del ladrón ó del bandido; si se tiene en cuenta el supuesto motivo filosófico-jurídico de la posesión, el destino del patrimonio de servir á la necesidad del hombre, se debe admitir que la cosa sirve á su fin lo mismo en manos de uno que en las de otro. Y hé ahí los dos rasgos característicos de la teoría de la posesión romana; la exclusión de la cuestión de derecho en el proceso posesorio y la distinción entre la posesión jurídica y la posesión natural, que para Stahl quedan verdaderos enigmas insolubles.

¡Y sin embargo, Stahl estaba muy cerca del buen camino! Si hubiera seguido la idea «de la relación constante de la posesión con la propiedad», que él mismo emite, de seguro hubiese llegado al fin. Pero esta idea no aparece en él más que como fugaz destello; es un presentimiento momentáneo, pero sin consecuencias, de la verdad. Uno de los caracteres particulares de ese gran talento consiste precisamente en que con frecuencia las ideas se presentan en él truncándose las unas á las otras, y al lado de aquellas que conceptúa decisivas y que procura demostrar, se encuentran gérmenes de ideas heterogéneas por completo.

---

sar las distintas relaciones de la tenencia, según se tiene por sí ó por procuración, ó en depósito y forma al esquema siguiente de la *relación posesoria.*

Relación posesoria:

I. Posesión.

II. Tenencia.

1.° Absoluta.

2.° Relativa *(dominus possessiones,* titular de la posesión).

a) Por procuración.

b) Interesada.

Más detalles acerca del asunto pueden verse en la obra *La voluntad y la posesión,* trad. franc., *Du role de la volonté dans la possession,* I, p. 1.ª y siguientes.—*(N. del T.)*

VI

La posesión es una posición avanzada de la propiedad.

INSUFICIENCIA DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD SIN LA PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN

Paso ahora á exponer mi propia opinión. La comprendo en la proposición siguiente: *La protección de la posesión, como exterioridad de la propiedad, es un complemento necesario de la protección de la propiedad, una facilitación de la prueba en favor del propietario, la cual aprovecha necesariamente también al no propietario.*

La idea de colocar la posesión en relación con la propiedad no es nueva, como lo demuestra la exposición que precede.

La posesión «es el ejercicio de la propiedad» (p. 26), es la propiedad «presunta, posible, que comienza» (p. 32); está en «relación constante con la propiedad», y el mismo Savigny, aun cuando en general no sostiene esta opinión, la ha reconocido un cierto grado de verdad y probablemente no ha dejado de tener influjo sobre su descubrimiento del *animus domini*. Pero la manera con que hasta aquí se ha procurado motivar esta conexión no es á mi ver satisfactoria; por esta razón he de seguir yo distinto camino en el examen que á continuación va.

Esta nueva tentativa parecerá á primera vista que ha de encontrar obstáculos en la manera como los jurisconsultos romanos rechazan toda confusión de la posesión con la propiedad.

Nihil COMMUNE *habet proprietas cum possesione*, dice Ulpiano, L. 12, § 1, *de poss.*-(41, 2); *permiscere causas possessionis et usufructus non oportet, quemadmodum nec possesio et proprietas misce re debent*, dice Venulejus en la L. 52, pr. ib.; y en la L. 1, § 2 *uti poss* (43, 17), Ulpiano alega como motivo de la introducción del *interd. uti possidetis: Quod separata esse debet possessio á proprietate*. Pero, ¿en qué sentido se emplean esas expresiones? En un sentido en el cual no afectan en nada á nuestra opinión; es decir, en el sentido de la independencia *práctica* y *dogmática* de la posesión frente á la propiedad. El derecho es indeferente en la cuestión posesoria, toda ingerencia de la cuestión de propiedad se rechaza en principio del proceso posesorio—por nuestra parte llegamos à iguales resultados. Pero es cosa muy distinta de ésta, cuando se trata de la relación *legislativa* ó *filosófica jurídica* de esas dos instituciones, y de tal problema, que quizá nunca se han propuesto los jurisconsultos romanos, es del que aquí se trata.

La protección de la posesión es un postulado de la protección de la propiedad, es el complemento indispensable del sistema de la propiedad de los romanos.

Nadie menos dispuesto que yo á mirar la propiedad como la única justificación práctica ó lógica de la relación del hombre con las cosas; pero en mi sentir, desde el momento y siempre que ese sistema se pone en vigor, la protección de la posesión es el complemento indispensable. Yo puedo figurarme un estado jurídico, fundado únicamente sobre la posesión, es decir, un estado en el cual el tenedor de la cosa no es protegido por los remedios posesorios y acciones penales, más que contra aquél que estorbe inmediatamente su relación con la cosa, sin tener la *reivindicatio* contra terceros—eso ocurrirá, aplicando á *todas* las cosas la misma relación jurídica que se realiza de hecho siempre, en una de las más importantes categorías de cosas, el *dinero*. Pero yo no puedo concebir en la práctica un estado jurídico, fundado únicamente sobre la propiedad romana, con exclusión de la protección posesoria, es decir, un estado en el

cual fuese necesario producir la prueba de la propiedad para rechazar una usurpación (1).

Véase, en efecto, á donde conduciría semejante sistema. En toda perturbación posesoria, el propietario deberá prevalerse de su *propiedad* y no de su posesión; deberá, por tanto, realizar la prueba, aun en el caso de robo ó de *damnun injuria datum*, y el éxito de su acción dependerá de la prueba de su propiedad hasta en la *cond. furtiva* y en la *acto legis Aquiliæ.* Tanto valdría esto, como proscribir á todos aquellos que no pudiesen probar su propiedad.

Pero se objetará, el derecho romano liga esas acciones penales á la prueba de la propiedad: la *conditio furtiva* estaba restringida expresamente al propietario (2), y la *ley Aquilia* no concedía la acción del *dammum injuria datum* más que al *herus*, es decir, al *dominus* (3). Cierto; ¿pero se sigue de ahí que el demandante debiera *probar* su propiedad? Esta consecuencia parecía tan necesaria, que mi pregunta hace el efecto de una *quaestio Domitiana*. Y sin embargo, no sólo tengo la cuestión como seria, sino también que no dudo en responder negativamente. Es un error muy extendido el creer que el demandante debiese realizar la prueba de todas las condiciones *positivas* de su acción, de que se hace mención en las fuentes, de manera que el elemento de hecho del asunto fuese siempre acompañado de una proposición de prueba. No se admite en su pro una presunción más que para las condiciones *negativas:* en los obstáculos á su derecho, como, por ejemplo, en la cuestión de sa-

(1) Arndts, en la *Zeitschr, für Civilr und Process. (Revista de derecho civil y procedimiento). Nuev. serie*, III, pág. 414, se expresa en sentido contrario: un sistema jurídico, que no concediese á la sola posesión, como tal, una protección jurídica, presentaría ciertamente una sensible laguna; pero no sería, sin embargo, imposible de alcanzar el fin de la propiedad, puesto que quedaría siempre la acción reivindicatoria.

(2) L. 1.ª de *cond. furt.* (13, 1.): *In re furtiva soli domino condictio competit.*

(3) L. 11, § 6.°, *ad leg.* Aq. (9, 2.); *Legis autem Aquilia actio hero competit i. e. domino.*

ber si la cosa es susceptible de usucapión ó en la de la *bona fides* en la usucapión. Pero que se intente medir la fuerza de este axioma: una condición del *mutuum*, es la propiedad de las monedas (1); según esa opinión, el demandante tendría que verificar la prueba en la *conditio exmutuo*. Nadie creerá que juez romano alguno haya impuesto nunca una prueba tan absurda. Mas entonces se dirá, ¿por qué esta condición si no se tiene en cuenta? Se tenía en cuenta, en verdad, mas no con respecto al demandante, sino por el defensor, es decir, como elemento de la prueba contraria indirecta. Al demandante le basta probar que ha entregado el dinero; es tarea del defensor, si discute la fuerza obligatoria del *mutuum* por defecto de transmisión de la propiedad, producir la prueba (2). Esta excepción, que por lo demás podía ser eliminada (3), como resultado del consumo del dinero y de la transmisión de la propiedad, que hubiera sido la consecuencia ulterior, no se le reservaba para proporcionarle un ardid, sino para prever el caso en que el dinero de otro remitido por el demandante hubiera sido despojado por el verdadero propietario (4). Sin la condición de la propiedad, aun en ese caso, el *mutuum* hubiere sido absolutamente obligatorio, y en el antiguo derecho, que, como es sabido, no admitia excepción, el defensor tendría que ser inevitablemente condenado, vista la existencia de las condiciones del *mutuum*. Bajo la condición de propiedad, no había, por tanto, más que una especie de excepción que el antiguo derecho concedía *ipso jure* al defensor en un caso completamente especial (5).

---

(1) L. 2.°, § 4.° De R. lr. (12, 1.)

(2) Arg. l. 13, § 1. ibid. *Admonitus (creditor) alienos nummos fuisse.*

(3) L. 11, § 2., l. 13 de R. lr. (12. 1.) L. 56, § 2.° *de fidej* (46. 1.).

(4) V. un ejemplo en la l. 1., § 1. *de stip. serv.* (4. 5. 3;)... *nummi tui manebunt vindicando ergo eam pecuniam tu consequi potes.* V. también l. 15, *in f. de reb. dub.* (34. 5).

(5) V. en mi *Espíritu de derecho romano*, 3.°, págs. 65 y siguientes, una exposición detallada de esta forma de defensa del antiguo procedimiento; he

La condición de la propiedad tiene el mismo sentido en otros casos todavía, por ejemplo, en el *legatum per vindicationem* (1). Para la validez de ese legado, era preciso que el testador fuese propietario de la cosa (2). Si eso hubiera significado que el legatario que no tuviese en sus manos documento alguno, debía proporcionar esta prueba al heredero, que es quien únicamente podría poseerla, el legado quedaría sin efecto en la mayoría de los casos. Aun aquí, esta regla tenía por objeto ofrecer al heredero una excepción fundada, á saber: que el testador había legado un objeto que no le pertenecía; pero esta excepción no podía limitarse á exponerla, debía probarla.

De la propia manera, la jurisprudencia romana prescribía para la validez de los actos jurídicos que realizara un esclavo por su señor, que éste fuera propietario de él. No se pretenderá que el demandante estuviese obligado á probar la propiedad en la forma ordinaria desde el momento en que se le antojase al defensor como ardid. En otro caso debería decirse lo mismo de las acciones noxales, que se dirigían contra el *dominus* (3). Ahora bien: está fuera de duda que semejante prueba no se exigía, sino que, por el contrario, se consideraba como propietario al simple poseedor del esclavo—el propietario de hecho

---

usado el mismo ejemplo (pág. 73) que aquí. Otro ejemplo que no he citado, está contenido en el principio de que el heredero no responde para con el legatario más que en cuanto haya recibido el mismo alguna cosa (L. 1.°, § 17 *ad le. Trevell.* 36, 1. L. 114, § 3,° *de leg.* I, 30). Según el contexto de este principio: *neminem oportere plus legati nomine præstare, quam ad eum ex heriditate pervenire*, el legatario debería probar que la herencia es suficiente para el pago de los legados, ¡él que no sabe una palabra de la consistencia de la herencia! pero bajo esta fórmula se encubre únicamente una excepción que corresponde al heredero hacer valer y probar. Arg. l. 70, § 1.° de leg. 2. (31), *non est audiendus, si velet computare.*

(1) V. ob. cit. II, págs. 350-351.

(2) Gayo. II, 196.

(3) V. los términos de las XII Tablas en la L. 2, § 1, de nox. act. (9, 4) *si servus sciencie* DOMINO, etc., y los numerosos textos de ese título que hablan del *dominus*.

según mi sistema (1). Sólo el acreedor y el que tiene en precario se exceptúan: *licet enim juste possideant, non tamen opinione domini possident*, como dice la L. 22, § 1, es decir, que no ejercen en calidad de propietarios. Síguese de ahí, que únicamente á esta aptitud del demandante, y no á su convicción de propietario, es á lo que se atiende en la condición de propiedad. Lo que además se prueba teniendo en cuenta que el *malæ fidei possesor* tiene la acción. L. 13, cit. Lo mismo ocurre con los esclavos; su dueño era considerado sin otra prueba como propietario, y al defensor era á quien correspondía demostrar la no validez de la estipulación, sentando el defecto de la propiedad. Justiniano llegaba hasta negarle completamente esta prueba contraria, declarando absolutamente probatoria la mención hecha en el escrito de la estipulación de que el esclavo pertenecía al demandante (2).

Esas pruebas, que yo podría aumentar con muchas más referentes á otras materias, pueden ofrecer un punto de apoyo para la solución de la cuestión del significado que haya tenido la condición de propiedad en la *cond. furtiva* y en la *act. legis Aquiliæ.* Esta condición no tenía otro significado, á mi ver, que el de permitir al defensor sustraerse á la acción, probando que la cosa pertenecía, no al demandante, sino á otro (3). El defensor en sus acciones, probando que la cosa no pertenece al demandante sino á otro, hacía exactamente como el defensor en la *acti furti*, que podía sustraerse de la persecución demostrando que el mismo demandante había robado la cosa (4) y no tenía, por tanto, en ella *ningún interés*.

---

(1) L. 29, *ibid, ipso jure noxalés actio contra eum competit.*

(2) L. 14, *Cód. de contr. stip.* (8, 38), *tales scripturos omnitariaum esse credendas.*

(3) Es indiferente, aquí, que luego se haya concedido para el *damnum injuria datum*, aun al *bonae fidei possesor*, una acción *in factum*, es decir, una pretensión independiente que no podia ser contenida por una prueba en contrario. V. L. 11, § 8, ad. l. Aq. (9, 2).

(4) L. 12, § 1, *de furt.* (47, 2).

Me explico muy bien, que esta opinión, precisamente porque no se encuentra directamente enunciada en las fuentes, no sea acogida con agrado por todos aquellos que exigen para todos los asertos una prueba directa en las mismas, así que no nos sorprendería oir á un estudiante en un concurso práctico imponer al demandante la prueba de su propiedad en el caso en que ésta le fuera combatida por el defensor en una acción *mutui* ó en una *condictio furtiva* y en la *act. legis Aquiliæ*. Pero considero tal error imposible para un práctico, y antes estoy convencido de que, por el contrario, sin hayarse impulsado por nuestra teoría, aplicaría por sí mismo el principio enunciado por el art. 2230 del Código Napoleón: *On est toujours presumé posseder pour soi et á titre de propietaire, s'il ni est prouvé qu'on á commencé á posseder pour un autre* (1).

---

(1) V. también el art. 2279: *En fait de meubles la possession vaut titre*. La presunción de *posseder pour soi*, existía igualmente en la práctica romana. V. una prueba de ello en Paulo, *Sent. Rec.* V. L. 1, § 2; *sufficit ad probationem, si rem corporaliter teneam* (*).

(*) El principio del Código Napoleón se mantuvo en algunos códigos modernos con la misma claridad explícita. Así, por ejemplo, según el art. 481 del Código portugués, la posesión puede adquirirse y ejercerse tanto en propio nombre como en nombre de otro, pero «en caso de duda se presume que el poseedor posee en nombre propio». No ocurre así en nuestro Código civil. Esta presunción no aparece en él claramente admitida. Según el art. 439: «Puede adquirirse la posesión por la misma persona que va á disputarla, por su representante legal, por su mandatario y por un tercero sin mandato alguno; pero en este último caso no se entenderá adquirida la posesión hasta que la persona en cuyo nombre se haya verificado el acto posesorio lo ratifique». Ahora bien: en el caso en que ofrezca duda resolver si la posesión que un poseedor tiene es en nombre propio ó en el de otro, no hay el criterio claro del código Napoleón. El Sr. Sánchez Román (*Estudios de derecho civil*, T. 3.°, pág. 471), opina que debe acudirse al art. 445, cuyas reglas para fijar la posesión podrían por analogía aplicarse á la duda indicada.

En cuanto á que en materia de muebles la posesión vale el título, máxima muy generalmente aceptada por los códigos, también se encuentra aplicada en el español. En efecto, el art. 464 dice: «la posesión de los bienes muebles, adquiridos de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble ó hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posee. Si el poseedor de la cosa mueble perdida ó sustraída la hubiese adquirido de buena fé en venta pública, no podrá el propietario obtener su restitución sin reembolsar el precio dado por ella...»—*(N. del T.)*

¿Cuál es ahora el resultado de lo que precede para la cuestión de la protección posesoria? Helo aquí, en mi sentir: El Derecho romano concede al *propietario* la *cond. furtiva* y la *act. legis Aquiliæ*, pero le facilita la prueba contentándose con la demostración del simple *estado de hecho*, exterioridad de la propiedad, es decir, con la posesión.—*El poseedor se reputa propietario hasta prueba en contrario.*

La facilidad de la prueba que se concede al propietario en la antedicha acción, existe también para la posesión; pero la posibilidad dejada al defensor de debilitar la prueba del demandante atribuyéndose la propiedad, ó atribuyéndola á otro, no existe en principio en las acciones posesorias. *La exclusión, en principio, de la cuestión de propiedad, imprime á la posesión su carácter particular* (1). ¿De dónde procede esta diferencia? En las *act. delicti* citadas, el autor del delito que ha restituído la cosa cobrada al propietario supuesto, ó que ha prestado una indemnización por daños, no se ha librado por eso de su responsabilidad frente al verdadero propietario; y esta circunstancia, si se le negara la prueba en cuestión, le expondría al peligro de una doble prestación. El defensor, en el posesorio, no tiene nunca que temer semejante peligro. La restitución de la posesión al demandante, aun cuando no sea el propietario, y en otro caso, la cesación de toda perturbación ulterior, le ponen al abrigo de una nueva acción fundada en el hecho mismo.

Conforme á lo que procede, se puede considerar la posesión como una posición avanzada de la propiedad. No es por sí misma por lo que es protegida, sino mirando á la propiedad (2).

---

(1) En ese rigor está el principio que distingue en nuestra legislación la posesión de la propiedad; pero también puede responder esto á que *en sí mismas*, como *momentos* de la relación jurídica, son diferentes la *posesión* y la *propiedad*.—*(N. del T.)*

(2) Supone éste siempre el concepto romano de la propiedad, pues de otra suerte la posesión puede tener en sí misma derecho á ser protegida. Esto aparte de que hay mucho de convencional (de derecho positivo) en esa *separación* de los dos momentos *posesión* y *propiedad*.—*(N. del T.)*

En la posesión, el propietario se defiende contra los primeros ataques dirigidos á su derecho. En ese terreno no se libra la batalla decisiva de la propiedad, sino una simple escaramuza, un combate de las avanzadas, en el cual, para continuar la comparación, no es preciso la gran artillería, sino que basta el arma blanca—¡contra los ladrones y bandidos no se emplea el cañón!

La protección posesoria ha sido, según esto, introducida teniendo en cuenta la propiedad. Pero es imposible conceder esta protección al propietario sin que los no propietarios se aprovechen de ella al mismo tiempo. Y en efecto; si la prueba realmente necesaria de la propiedad se limita á la demostración de su exterioridad, esta facilidad resulta en pro de todo individuo que esté en situación de prevalerse personalmente de tal elemento. La posesión adquiere de esta manera frente á la propiedad una independencia tal, que no sirve sólo y exclusivamente á la propiedad, sino que puede también volverse contra ella. El mismo servicio que presta al propietario que posee de protegerle sin dificultades contra los ataques extraños, lo presta al *no propietario* que posee, y también contra el mismo *propietario* que no posee (1).

La exacta inteligencia de esa relación es, en mi opinión, el verdadero *punctum saliens* de toda la teoría posesoria. Si se la considera como el aspecto normal de la posesión, se llega necesariamente á las teorías expuestas que buscan el fin de la posesión en la posesión misma; si, por el contrario, se ve, como yo hago, el fin de la posesión en facilitar la prueba introducida en favor del propietario, tal relación se convierte en un simple *sobreprecio* que el comprador lleva con lo demás. Para los defensores de la primera opinión esa relación es el *fin* de la posesión, para mí es una *peligrosa, pero inevitable consecuencia:* el tributo que debe pagar la ley para procurar al propietario la

---

(1) L. 4, § 26, *de usurp.* (41, 3). *Si dominus fundi possessorum vi dejecerit... interdicto um de vi restituere sit possessionem.*

protección más fácil de la propiedad que en su favor ha sido introducida.

Hay un paralelismo que salta á la vista entre la posesión y los títulos al portador. Estos deben su introducción al mismo motivo de simplificar y de facilitar la prueba, que es, en mi sentir, la primera base de la protección posesoria. La prueba de que se es acreedor, está en la simple presentación del título. Pero por esto mismo precisamente, esa ventaja favorece lo mismo al ladrón y al bandido que al verdadero propietario. Aquí también una institución creada en interés del *verdadero* derecho-habiente, puede volverse contra él, porque permite al que no tiene el derecho realizar á su costa sus propósitos. Pero pensará nadie fundar sobre esta circunstancia la opinión de que el fin de los títulos sea facilitar á los ladrones la obtención de tales valores. Todos verán aquí la distinción que es necesario establecer entre las consecuencias de una institución que el legislador *ha querido*, y aquellas que él *no ha querido*, pero que *no se pueden evitar* (1). En la práctica esta distinción no tiene, es verdad, importancia alguna, porque todas esas consecuencias gozan de la misma protección. Pero si eleva el jurisconsulto su mirada hasta las razones legislativas ó jurídico-filosóficas de una institución, esta distinción se le impone de una manera tal, que si no la tiene en cuenta, corre el riesgo de cometer los más grandes errores, y de suponer en el legislador las intenciones más absurdas. Trátase entonces, no de la cuestión ¿cómo es el derecho? sino ¿por qué es el derecho? Y mientras sea verdad afirmar que las instituciones humanas, al lado de las ventajas que se proponen, implican también á menudo inconvenientes y desventajas que se deben sufrir si se quieren aprovechar sus beneficios, también será verdad que el histo-

---

(1) Desenvuelve en la presente edición el punto de vista apenas tocado en la primera. Había creído suficiente indicarlo y justificar á la vez la consideración legislativa que se puede hacer. Pero la experiencia me ha enseñado que estaba en un error, y que no es superfluo desenvolver una verdad que á mi me parece de una evidencia palpable.

riador y el jurisconsulto que quieran penetrar el significado de una institución, deben dejarse guiar en sus apreciaciones por la consideración qué hace valer Cicerón cuando aprecia el Tribunado romano. *Fateor in ipsa ista potestate*, dice en su tratado de *legib.* III, c. 10, *inesse quiddam mali, sed bonum, quod est quæsitum in ea, sine isto malo non haberemus.* El valor práctico de una institución no está determinado por la circunstancia de que no presenta más que ventajas, sino por el balance entre las ventajas y las desventajas, y la preponderancia de las primeras. Este punto de vista debe ser decisivo, nó sólo para el legislador, sino también para el historiador y para el jurisconsulto filósofo.

Si, pues, este último, conforme á lo que precede, recoge las ventajas como consecuencias queridas de la institución y los perjuicios como consecuencias no queridas, pero inevitables (1), ninguna persona ilustrada le discutirá el derecho á

(1) También puede haber otro punto de vista. Toda institución que entraña las condiciones en que ha de realizarse un derecho, implica un sujeto activo que lo cumpla, libre y espontáneamente, pero en virtud del elemento psicológico interno que toda actividad jurídica supone, y en virtud del cual ésta se elabora en la conciencia del sujeto, las condiciones *exteriores*, que son á las que inmediatamente se refiere, y las que puede regular la institución como tal (obra externa, sensible), pueden darse sin que el sujeto sea *real* y *positivamente* el sujeto de derecho supuesto en las relaciones. Ahora bien, ateniéndonos á los datos exteriores, las relaciones pueden aparecer como jurídicas en virtud de tales datos; pero como el derecho *social*, ó mejor, las garantías que el estado presta socialmente á nombre del derecho, no van nunca tan adentro que se *impongan* y *conozcan* á todo sujeto en su intimidad; de ahí que sin que el *orden exterior* condicionado por la institución, se perturbe (paz material, mecánica), la vida sea ó pueda ser vida contraria al derecho. Por todo lo cual, para esplicar el fenómeno *humano* del texto, además de atender al balance de ventajas é inconvenientes de la institución jurídica, es necesario atender á esta condición general de las mismas, que se funda en la *ineficacia de las leyes*, y á la mecánica exterior, bajo que se cumple (ó no se cumple aunque lo parezca) el derecho. En la vida jurídica del Estado, es de rigor no olvidar nunca que queda por completo fuera de su acción el elemento interno ó de conciencia, punto de apoyo de toda relación verdaderamente jurídica.—*(N. del T.)*

hacerlo, ni le exigirá la condición de que justifique su distinción con testimonios legislativos expresos. La concepción legislativa de la mayor parte de las instituciones jurídicas, sería bien difícil, si no fuera posible más que á condición de existir semejantes testimonios; ¿cual es, por ejemplo, la ley nueva que nos muestre la doble fisonomía de los títulos al portador? Son estos puntos que deben ser determinados por la ciencia, es decir, por la apreciación inteligente de las relaciones de la vida y los fines del comercio. Se puede investigar si en tal ó cual caso particular se ha equivocado; pero negarle el derecho de hacer esa distinción, sería negarle el derecho de hacer otra cosa que repetir servilmente el texto de la ley. Si se llama arbitrario el procedimiento que yo aplico á la posesión, porque yo no alegue ningún texto de la ley en apoyo de mi sistema, yo permito á mis adversarios atrincherarse en la fácil posición siguiente: La posesión del ladrón es protegida en nuestro derecho positivo, lo mismo que la del hombre honrado, y dado esto, la teoría dominante puede sentar su doctrina sobre la posesión del primero, es decir, sobre la noción abstracta de la voluntad (que no es, en realidad, otra cosa que el derecho de ladrones y bandidos), con la misma razón que yo fundo la mía sobre la posesión del segundo.

Siendo esto así, vamos á ver ahora cómo se defenderá contra el razonamiento siguiente, forjado según la misma indicación. Una sentencia judicial tiene vigor aun cuando convierta el derecho en injusticia y la injusticia en derecho. De ahí se sigue, podría decirse, que el fin de las sentencias judiciales es convertir la injusticia en derecho y el derecho en injusticia, y lo mismo que se cree encontrar en la protección de la posesión del ladrón y del bandido el triunfo de la voluntad abstracta, lo mismo se puede ver en este efecto del juicio el triunfo de la omnipotencia judicial, la omnipotencia victoriosa de la ley que vence toda resistencia. ¿Y por qué no ha de poder hablarse también del derecho del Juez á colgar á un inocente y elegir precisamente ese caso como punto de partida del estudio de las

funciones judiciales? Pero prosigamos nuestro examen. El fin del tribunado romano era trastornar el Estado (revolución), porque el acto de los tribunos *podía* tener esta consecuencia: se puede, pues, afirmar, que tales eran la intención del legislador y el fin de la institución. El fin del derecho de gracia es sustraer los delincuentes á la pena que han merecido. Uno de los fines de la ley alemana sobre el cambio, es favorecer las falsificaciones y trastornos de las letras de cambio; porque según el art. 13, «todo tenedor de una letra de cambio tiene el derecho de llenar los endosos en blanco que haya en ella»; hasta los robos, porque según el art. 18, «la simple tenencia de la letra de cambio autoriza para la presentación», y según el art. 36, «el que paga no está obligado á examinar la autenticidad de los endosos.» Se ve que la legislación alemana, sobre el cambio, ha seguido con decisión el camino que le señalaba el derecho romano en la protección posesoria de bandidos y ladrones; y si se piensa en las facilidades que la creación de los títulos al portador ofrece á esos individuos, siente uno tentaciones de creer que el derecho alemán tiende ante todo á hacer lo más agradable posible la vida de los ladrones y bandidos.

Y, sin embargo, esta afirmación de que las disposiciones del derecho moderno alemán están tomadas en interés de las personas *no autorizadas*, es tan justa, á mi ver, como la opinión dominante acerca del fundamento de la protección posesoria. Ambas elevan á la categoría de fines los inconvenientes de la institución que la ley no podía evitar si había de alcanzar el efecto deseado. En un caso y en otro, el interés de la prueba, la intención de facilitar aquélla que el rigor de la ley exige, es lo que procura aun á las personas sin derecho, la posibilidad de mantener sus pretensiones: en un caso y en el otro, la ley no declara expresamente nada acerca del motivo y fin de sus disposiciones; pero en ambos basta una apreciación inteligente y sin prejuicios, para aclarar lo relativo al fin y á las inevitables consecuencias de la institución. ¡Y con cuánta fuerza se

necesita mantener esa apreciación y evitar los prejuicios en la posesión! Todos estamos educados en la falsa idea según la cual la noción de la posesión no alcanza su verdadero punto culminante más que en el ladrón ó el bandido, y hay en nuestra ciencia pocas ideas que como esa hayan penetrado en nuestra propia sustancia y que hayan obtenido de modo tan perfecto la apariencia de verdad, gracias á los sofismas de la falsa filosofía.

Comprendo perfectamente que una idea con tan profundo arraigo no pueda ser arrancada por medio de las observaciones que preceden: la necesidad de distinguir entre los efectos queridos y no queridos de una institución y el paralelo que me ha inspirado nuestro derecho moderno, sobre los títulos al portador. En efecto, queda siempre á mis adversarios la falsa salida de admitir la distinción en principio y en los casos del derecho moderno, pero rechazar su aplicación á la posesión. Pues bien; yo les concedo esta excepción, y yo creo poder aún desbaratar este último recurso, no por motivos generales, que no servirían de nada, sino por medio de testimonios positivos del derecho romano. Y esto decidirá ya definitivamente.

Es sabido que los jurisconsultos romanos no se pronuncian jamás sobre el fin legislativo de una institución, y, por tanto, sería inútil buscar una explicación de ese género relativa á nuestro asunto. Pero, en cambio, nuestras fuentes nos proporcionan dos argumentos para probar indirectamente la exactitud de mi opinión. Reservaré uno de esos argumentos (la relación del *interd. retinendæ possessionis* con la propiedad) para una exposición ulterior (VII), y ahora sólo voy á referirme al otro. Ya he hecho notar antes que el derecho romano niega al ladrón, al bandido, y en general al *malæ fidei possessor*, las acciones personales por causa de sustracción clandestina ó violenta y en virtud de daño causado á la cosa de otro poseída por ellos. Y sin embargo, el derecho les concede la protección posesoria. ¿Cómo conciliar esto y explicar que la misma persona pueda ser declarada ya digna, ya indigna de pro-

tección? (1). Si el misterio de la voluntad replegada sobre sí misma, que se realiza en la posesión y afirma su derecho primordial, tiene fuerza para elevar la posesión del ladrón hasta ser una relación digna de ser protegida, ¿por qué esa relación no se protege lo mismo por las *acciones delicti* que por los remedios posesorios? Si el ladrón dice: mi adversario me ha substraído la posesión; se le protege; si dice: me ha robado la cosa; se le niega la protección. Siento verdadera curiosidad de ver si un defensor de la teoría en boga podría darme sobre este punto una respuesta satisfactoria. En lo que á mí toca, no tengo dificultad alguna; *la protección posesoria ha sido introducida en favor de las gentes honradas*, lo mismo que las facilidades del procedimiento proporcionadas por los títulos al portador; pero los *pillos se aprovechan necesariamente también de ellos*. Para excluirlos sería preciso, en verdad, dedicarse á la investigación que se ha querido eliminar para abreviar el procedimiento, y ver si el poseedor tiene ó no un derecho. Trayendo la cuestión de derecho al debate, se privaría por completo al propietario de las facilidades que la protección posesoria está llamada á proporcionarle: el *possessorium* se convertiría para él en *petitorium*. Y vale más, ciertamente, que un indigno participe *por excepción* del beneficio de la ley, que ver ese beneficio negado á aquel que lo merece por excluir al primero.

Digo *por excepción*, y es necesario que añada aún algunas explicaciones. En la teoría posesoria, el poseedor legítimo y é ilegítimo están, en verdad, en la misma línea; no hay ni para uno ni para otro regla ni excepción. Pero en la vida pasan

---

1) La respuesta parece clara en la teoría que fragmentariamente venimos sosteniendo. La protección de la posesión no va más allá del estado *real* (aparente á veces, cuando resulta la posesión injusta), en que se ofrece en el hecho, y según los datos exteriores de su manifestación. La protección posesoria no puede suponer que el protegido sea un ladrón; no entra á debatirlo siquiera. El poseedor *es*, según todo lo que se sabe, *digno* de ser protegido.—*(N. del T.)*

las cosas de muy diversa manera. Que se compare los casos en que se encuentra la relación normal de propiedad, es decir, cuando la posesión está en manos del propietario ó de aquel á quien éste hubiera designado, con los casos en los cuales se trata de personas que no son las que debieran ser, y no se pondrá en duda que estos últimos casos constituyen, al lado de los primeros, una excepción. Además, la mayoría de los casos excepcionales, los que conciernen á las cosas muebles, deben desaparecer de la estadística de las acciones posesorias, porque las acciones penales sustituyen regularmente á los remedios posesorios. Sólo quedan las cosas inmuebles (1). Ahora bien, yo pregunto: ¿cuántas cosas inmuebles hay que se encuentren en manos de una persona á quien no corresponde, en lugar de estar en las del derecho-habiente? no creo que haya el uno por ciento, ni el uno por mil. Siendo esto exacto, afirmo que el resultado corresponde á la idea desenvuelta más arriba de que la protección posesoria redunda en beneficio del propietario, porque normalmente es el propietario verdadero quien de ella se aprovecha. En tal sentido puede muy bien justificarse la opinión que ve en la posesión una propiedad que empieza (mantengo las reservas hechas más arriba, en cuanto á la presunción); la mayor parte de los *fundos* están en manos de los verdaderos propietarios. El único defecto de ésta está en que, en lugar de alegar ese motivo estadístico en su apoyo, ve en él el verdadero *fundamento* de la protección posesoria.

Quiero ahora resumir el resultado de las deducciones que proceden; lo formulo en tésis, á fin de facilitar la tarea de aquellos que quieran examinar y hasta refutar mi opinión:

1. Ni la teoría del derecho, ni el derecho romano piden

(1) La glosa era de opinión de que sólo las cosas inmuebles podían ser objeto de una verdadera posesión (Savigny, loc. cit., pág. 105), y debió contribuir á sentar esta opinión el uso lingüístico, que aplicaba la palabra *possessiones* en el sentido de fundos, y la misma etimología de la palabra *possidere*, según lo hace notar Savigny, pág. 99.

que los ladrones y bandidos puedan tener la pretensión á ser protegidos en el goce pacífico de los bienes ilegítimamente adquiridos (1). El Estado puede tener todo género de motivos para prohibir los actos de violación; pero de aquí no resulta en manera alguna un derecho en favor de las personas violentadas contra aquellos que han quebrantado esa prohibición. La contravención puede ser reprimida por vía de policía ó por vía criminal (2). En una contravención de los reglamentos sobre los fuegos y luces, el vecino amenazado no puede encontrar el origen de una acción.

2. Si no obstante aquellas personas participan de la protección posesoria, el motivo está, no en ellas mismas, sino en las necesidades de la organización de la propiedad (3).

3. La propiedad dejada á sí misma, es decir, á la prueba de su existencia, sería la institución del mundo más incompleta y más defectuosa (4). Según la diversidad de circunstancias puede haber y hay grados en la prueba de la propiedad:

1. Prueba de un *modo de adquisición lejano*.

---

(1) Opónese *en principio* la índole misma del derecho que pide siempre una exigencia *racional* que ha de ser cumplida por un ser libre (obligado). El ladrón no puede manifestar esta exigencia racional de protección de lo que no es suyo. Nadie puede verse obligado á respetarlo.—*(N. del T.)*

(2) Un ejemplo se encuentra en L. 1, C. *per vim* (8, 5), que ordena al Juez proteger de oficio la posesión de la persona ausente *(judicis absentium, qui cujuslibet rei possessione privati sunt, suscipiant in juri persone)*.

(3) Quizá el motivo radica también en lo limitado de la acción de la *ley escrita* y del derecho social que penetran con dificultad en el *fuero* interno del derecho, y que por esta razón tienen que reputar como relaciones jurídicas efectivas algunas que *con más datos* se ve que no lo son. Así, para el derecho social, hay más personas decentes y honradas que las que efectivamente existen, pero que el derecho social tiene que aceptar y proteger necesariamente como tales, porque no le *consta nada* en contrario.—*(N. del T.)*

(4) Ihering tiene siempre presente el concepto absoluto, romano, de la propiedad. En si misma la propiedad y la posesión no entrañan una diferencia tan radical como ahí se supone. *Socialmente* se mantiene esta diferencia.—*(N. del T.)*

a) Prueba de las condiciones internas y externas: *reinvidicatio*, *negatoria*.

b) De las *externas* sólo: *publiciana actio*.

2. Prueba de la *existencia actual en el hecho de la propiedad*, es decir, de la *posesión;* ya

a) Con reserva de la *prueba contraria* de la propiedad de otro; como excepción fundada sobre la falta de interés: *cond. furtiva*, y *act. legis Aquiliæ;* ya

b) *Sin* esta reserva: *acciones posesorias*.

4. La facilidad de la prueba contenida en la protección posesoria, *atiende á favorecer* al propietario (1).

5. Por lo general aprovecha sólo al propietario.

6. El fin de tal facilidad en la prueba se frustraría si se introdujese en la controversia la cuestión de saber si el demandante es ó no propietario.

7. Una consecuencia inevitable de esta exclusión de la cuestión de derecho es que participe de la protección posesoria el poseedor ilegítimo (2).

8. La expresión la más exacta, según esto, para dar á la posesión toda su importancia, es decir que es una posición avanzada de la propiedad (3). La posesión es una obra avanzada, en la cual el propietario se defiende todo el tiempo que puede.

A estas tesis, que no hacen sino reproducir en sustancia las deducciones procedentes, se une la siguiente como consecuencia de la idea fundamental en aquéllas contenida (4).

9. La posesión es *un valor patrimonial*. El mismo interés que

---

(1) Y á *respetar* el estado de hecho del poseedor que se ofrece como legítimo.—*(N. del T.)*

(2) En el fondo la ineficacia natural de la ley positiva y la condición de *inasible* de la conciencia personal.—*(N. del T.)*

(3) O también que es un momento esencial de la relación jurídica por el que se llega á realizar ésta, esto es, á poner libremente los medios en los fines, para que éstos queden cumplidos. (V. Giner, Obra citada.)—*(N. del T.)*

(4) Son estas adiciones á esta segunda edicción.

tiene el sitiador de apoderarse de la obra avanzada, y el sitiado de defenderla, lo tiene el no propietario de adquirir la posesión y el propietario de conservarla. A menudo la suerte de la propiedad es casi enteramente decidida en la posesión, como con la posesión del título está decidida la suerte del valor al portador. Quien pierda ó gane la posesión, pierde ó gana en la práctica, en la mayoría de los casos la propiedad, lo que la propiedad está llamada á procurarle: la seguridad del goce. Precisamente por esto tiene la posesión un *valor* patrimonial, tanto para el propietario como para el no propietario (1). El lado *económico* que salta á la vista, en mi opinión, no está puesto de relieve en las teorías posesorias que fundan la posesión, ya en la persona y su voluntad, ya en la interdicción de la violencia. Y en efecto, ¿cómo la posesión puede llegar á ser una relación de derecho patrimonial, un *valor*, si al tenor de una de esas opiniones no es otra cosa que el lugar donde la voluntad ejerce su imperio—la sensibilidad de la voluntad herida en su derecho primordial de libre disposición de sí misma, no tiene medida equivalente en el valor de las cosas,—y al tenor de la otra no tiene importancia más que por proporcionar la realización de una especie determinada de perturbación del orden público?

10. Si la posesión es un objeto de valor patrimonial, la noción de *pertenencia* jurídica puede aplicársele:

Tertius possessionem SUAM *contendat.* L. 3, § 12, *ad exh.* (10. 4),

---

(1) L. 21, § 2, quod met. (4, 2). *Qui possesionem non sui fundi tradidit* (p. e., el acreedor hipotecario) *non quantfundus, sed quanti possessio est, ejus quadruplum vel simplum cum fructibus consequitur; astimatur enim quod restitui oportet id est, quod ab est abest autem nuda possessio cum fructibus.* L. 3, § 11 (43, 17.)... «*Quanti res est*» *sic accipimus quanti unius cujusque interest possessionem retinere. Servii autem sententia est existimantis tanti possessionem astimandam, quanti ipsæ res est, sed hoc nequaquam opinandum est, longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis.* En la L. 74, de *furt.* (47, 2) se concede al *b. f. possessor* á quien la cosa ha sido robada y al propietario la *ac furt.* contra el ladrón; *emtori ejus* POSSESSIONIS, *domino ipsius* PROPRIETATIS *causa prœstanda est.*

y además la pérdida de la misma implica un daño en el *patrimonio:*

> *Ne languor animi damnum etian* IN BONIS *afferat*, L. 44, § 6. *De usuc.* (41. 3).

11. Una última consecuencia de ese carácter, es la posibilidad de una pura *controversia de possessione,* es decir, de un debate jurídico que tiene por objeto saber cuál de los dos pretendientes es el verdadero poseedor, sin que ni de una ni de otra parte se haya cometido de antemano la perturbación posesoria. Ya veremos á continuación que el derecho romano admite en efecto para la posesión una acción parecida, prejudicial, reivindicatoria ó como se quiera denominarla.

12. De esta manera tienen también una explicación satisfactoria los *interd. adipiscendæ possessionis,* que Savigny, en todas las ediciones de su obra, quiere excluir de la esfera de la posesión. Si la posesión, como tal, tiene un valor jurídico, el derecho puede también reconocer la pretensión á la concesión de la posesión. La circunstancia de que los datos á los cuales el derecho supedita esta pretensión son *exteriores* á la posesión, ha inducido á Savigny á colocar esos medios del derecho en la misma línea que las acciones posesorias que tienden á la liberación de la posesión. La posesión, dice, tanto en éstas como en aquéllos, no es el fundamento, sino tan sólo el fin, el objeto de la acción: La *her. petitio* y el *interd. quorum bonorum,* tenían por completo la misma tendencia: la posesión es el fin, y el derecho hereditario (civil y pretorio) el fundamento. Es cierto; pero la enorme diferencia que los separa es que la acción petitoria regula definitivamente la situación, en tanto que el *interd. adipisc. poss.* la regula sólo de un modo provisional, por que concierne sólo á la posesión, dejando la puerta abierta al *petitorum,* al igual que en las otras dos especies de interdictos posesorios. Si el demandante es vencido en la *her. pet.*, no puede intentarla por segunda vez: pero si es rechazado por el *interd. quorum bon.*, *quod legatorum* ó por el *remedium ex lege ult.*

Cod de edicto Divi Hadriani toll., le queda siempre la posibilidad de volver á empezar y hasta ganar quizá el *petitorium*, y si ha ganado queda abierta la misma vía á su adversario (1). Así tras de cada *interd. adipiscendæ possesionis* hay todavía el remedio jurídico del petitorio: tras los interdictos citados hay la *hered. petit.* y la *reivindicatio*, sin exceptuar el *interd. quem fundum* y *quam hereditatem*, mediante el cual la posesión de los fundos ó de la herencia disputada ó no asegurada por el defensor pasaba al demandante, sin que por eso el defensor perdiese la posibilidad de apelar ó servirse del *petitorio*. De igual suerte, tras el *interd. Salvianum* se encuentra la *act. Serviana*, tras el *interd. quo itinere venditor usus est, quominus emtor utatur, vim fieri veto*, la *act. negatoria* del adversario (2).

Para la mayoría de esos interdictos, la relación entre el *petitorium* y el *possessorium* está fuera de duda por textos expresos que no es necesario alegar aquí; se indica como regla general en la

> L. 14, § 3.°, *De exc. rei jud.* (44, 2). *Si quis interdicto egerit de possessione postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto* POSSESSIO, *in actione* PROPRIETAS *vertitur.*

Es inútil hacer notar que esta observación se aplica, no sólo á ciertos interdictos, á saber: á los *interd. retinendæ* y *recup. poss.*, sino á todos los interdictos, mediante los cuales se puede «*de possessione agere*»; entre ellos se encuentran también,

(1) L. *un Cod Theod. Inor. bon.* (4, 21). *Quid jam planius, quam ut heredibus tradarentur, quæ in ultimum usque difuncti possesio vindicasset, etiamsi quod possit tribui* DE PROPRIETATE ENETAMEN? *Jubemus, ut omnibus frustrationibus amputatis in petitorem corpora transferantur*, SECUNDA ACTIONE PROPRIETATIS *non excluse.*

(2) Von Vangerow, *Manual* I, § 390; II, § 509; (7 edic. p. 897. 360). Debe ocurrir lo mismo en los dos interdictos de que habla Gayo, IV, § 145, 146. Es decir, que los demandantes debian poder reclamar la liberación provisional de *todas* la cosas y que los defensores debian ser rechazados al petitorio con sus excepciones de propiedad.

como es sabido, los *interd. adip. poss.*, l. 2., § 3., *De interd.*, 43; Gayo, IV, 143.

En lugar de hacer descansar la noción de los interdictos posesorios sobre ese carácter especial, que los distingue á los ojos de los jurisconsultos romanos, de todas las demás acciones, de no contener más que un arreglo provisional, Savigny (§ 35) encuentra su criterio característico en la circunstancia por la que la posesión es el *fundamento* de la pretensión del demandante, y partiendo de ahí, no le es ya difícil demostrar que los *interd. adipiscendæ possessionis* no se refieren de ningún modo á esta noción de las acciones posesorias (p. 383). Y añade (384) como «motivo decisivo contra la opinión ordinaria», que «los verdaderos interdictos posesorios se fundan en los delitos»—el cual motivo ya queda dicho más arriba que es completamente inadmisible. «Los interdictos *retinendæ* y *recuperandæ possessionis*, son, pues, las únicas acciones posesorias, y los interdictos *adispicendæ possesionis* no tienen nada de común con ellas (!). Hay más: estos últimos no tienen entre sí nada de común (!). Para probarlo, basta enumerarlos, y por otra parte, resulta también de que están tratados en las fuentes en lugares completamente distintos» (p. 385). La modificación que Savigny ha introducido en una adición á la edición 6.ª (p. 385-388), no cambia en el fondo sus opiniones. Rompe una nueva lanza contra la reunión de esas tres clases de interdictos por parte de los jurisconsultos romanos; «está, dice, desprovista de *valor científico*, por cuanto descansa únicamente en el fin de adquirir, ya recobrando, ya conservando la posesión, fin accidental por completo é indiferente desde el punto de vista de la esencia misma de la acción» (p. 387). No insistiré sobre la circunstancia de que Savigny, ligado y encadenado por el πρῶτον ψεῦδος de toda su teoría posesoria: la naturaleza penal de las acciones posesorias no podía jamás librarse de este grave error referente al interdicto *adipiscendæ possessionis;* error que le obligaba á atribuir á los jurisconsultes romanos la invención y la aceptación espontánea de una noción despro-

vista de valor científico. Pero es muy difícil reprimir un movimiento de extrañeza al ver que este error, lejos de ser reconocido tal por la ciencia, ha encontrado la más calurosa adhesión. Si se exceptúa á Von Vangerow, no recuerdo (sin haber hecho ciertamente investigaciones especiales en el asunto) ningún nuevo tratado de Pandectas que ponga á los interdictos *adip. poss.* en su verdadero lugar. No hablo naturalmente de la clasificación sistemática de esos interdictos, sino de la prueba de que han sido científicamente concebidos como verdaderos remedios posesorios que deben ser colocados en el mismo lugar que las otras dos especies de interdictos posesorios. En lugar de levantar en la teoría de la posesión la importancia de esos interdictos y mostrar que los rasgos fundamentales del posesorio se reproducen en ellos, al igual que en los otros interdictos posesorios y de acentuar convenientemente la exclusión de la cuestión de derecho y la posibilidad ulterior del petitorio, se acostumbra á pasar tales interdictos en silencio en la teoría posesoria, y si se hace mención de ellos, es para rechazarlos como intrusos, que no pueden tener ni la más remota pretensión de ser remedios posesorios (1).

El mismo error que ha determinado á Savigny á rechazar en el interdicto *adip. poss.* el carácter de verdadero remedio posesorio, le ha inducido también á admitir entre esos últimos interdictos, que, según lo que precede, no pueden en manera

---

(1) He sentido cierto rubor encontrando una apreciación más exacta de la importancia práctica de los interdictos posesorios en las obras hoy tan completamente desacreditadas del período que precedió á Savigny, por ejemplo, en Hellfeld, Jurisp. for., § 165, y Höpfner, Comentario, § 1202. Los interdictos *adip. poss.*, dice este último autor, son muy señalados por los prácticos; en efecto, sabemos que es una de las ventajas de la posesión que el poseedor no sea obligado á probar que la cosa que posee le pertenece, sino que el adversario debe presentar la prueba de lo contrario. Se debe, por consiguiente, aconsejar primero adquirir la posesión de la cosa por medio de un interdicto, á fin de echar así el peso de la prueba sobre el adversario.

alguna aspirar á esta cualidad, por cuanto no tienen por objeto la *possessio*, sino la *res*, es decir, no tienen por objeto la tenencia pasajera de la cosa, sino la definitiva. Tal es el interdicto *De glaude legenda* (1). Ningún jurisconsulto romano lo ha comprendido entre los interdictos posesorios, y con razón, porque después de este interdicto no puede ya haber petitorio; decide definivamente la cuestión relativa á los frutos caídos; no hay necesidad alguna de reservar el petitorio al defensor; el juez, en este interdicto, se pronunciaba acerca de la *res*, sobre la conservación definitiva de los frutos, no sobre la *possessio*. Otro tanto es preciso decir del *int. fraudatorium*, que debe igualmente su enumeración entre los interdictos posesorios (Savigny, l. c.) á la opinión errónea de Savigny. Los interdictos *De migrando* y *de thesauro* (L. 15, *ad exh.*, 10, 4), tienen también por objeto el rescate de la posesión, y si esta circunstancia bastase por sí sola, se debería contarlos entre los *int. retinendæ* ó *recup. poss.*, lo que el mismo Savigny no ha hecho, aun cuando sea más fácil ver ahí acciones penales que en los *int. uti poss.* y *utrubi*. Es inútil ante lo que precede demostrar que no pueden aspirar á tal cualidad.

---

(1) Savigny, l. c., pág. 385; los autores anteriores habían hecho lo mismo, por ejemplo, Höpfner, l. c. Por lo demás, no se comprende por qué Savigny no coloca este interdicto entre los *retinendæ* ó *recuperandæ possessionis,* desde el momento en que quiere hacerlo pasar por interdicto posesorio. En efecto, según Savigny mismo (pág. 278), la posesión del fruto separado de la cosa principal sin la intervención del hombre, pertenece al poseedor de la cosa principal. Desde el momento en que la manzana se desprende de su rama, yo adquiero sobre esta manzana, que se hizo cosa independiente, la posesión separada; que se diga después de esto: esta posesión cesa de nuevo si la manzana cae sobre el predio del vecino, el cual predio me es inaccesible, ó que la posesión *continúa* á pesar de eso—en el primer caso el interdicto *De glaude legenda* no puede calificarse más que de interdicto *recuperandæ possessionis,* y en el segundo de interdicto *retinenda possessionis;* pero yo no puedo comprender cómo Savigny puede, sin ser infiel á su propia teoría, hacer de aquél un interdicto *adipiscendæ possessionis.*

Quiero ahora intentar probar mi aserto por medio de las fuentes, y desde un doble punto de vista: primero, con relación á los *medios de protección (Schutzmittel)*, y después, con respecto á su *configuración material*. Si mi aserto es exacto, deberemos mantenernos siempre del lado de la propiedad, en tanto que la perderemos por completo de vista si una de las opuestas teorías es verdadera. Y vamos á nuestro trabajo.

VII

Medios de protección de la posesión.

1.—Los interdictos «retinendæ possessionis»

El primer ejemplo que en el derecho romano se encuentra de la posesión considerada como objeto de disposición jurídica, es la colación de los *Vindiciæ* en el antiguo procedimiento reivindicatorio. El Pretor concedía los *Vindiciæ* á una de las partes, ó en otros términos, le asignaba la posesión mientras duraba el proceso. Esta medida puede tener un doble significado: ó bien en cuanto confería al poseedor sólo las ventajas *de hecho* de la posesión, es decir, el goce de la cosa, ó bien en cuanto le concedía, además, las ventajas *jurídicas*, es decir, le eximía del peso de la prueba. Esta última opinión ha sido sostenida recientemente todavía por una gran autoridad (1); pero, á pesar de esto, yo no puedo aceptarla. Según se expresa Gayo, el Pretor tenía libertad completa de acción en la colación de los *Vindiciæ* (2); en tal supuesto, podía atribuirse la posesión hasta el mismo no poseedor. ¡Qué peligrosa influencia no hubiera podido ejercerse sobre el resultado del proceso,

---

(1) Von Bethmann Hollweg, *Der Civil process des gemeinen Rechts (Procedimiento del derecho común)*, Vol. I, pág. 144.

(2) Gayo, IV, 16, *Secundum* ALTERUM *eorum vindictas dicebat, l. c.,* ALIQUEM *possessorem constituebat.* En cuanto á las consideraciones por las que el Pretor acaso se determinaba, véase las conjeturas de mi *Espíritu del derecho romano*, III, página 99.

si de ese modo librase al demandante del peso de la prueba, que en muchos casos decide el derecho! Los partidarios de esta opinión pierden de vista que el procedimiento reivindicatorio, en su más antigua forma, era un *judicium duplex*, en el cual las dos partes reivindicaban á la vez *(Vindicatio* y *contravindicatio)*, y tenían, por consecuencia, la obligación de probar en igual medida: de donde resulta que no era la prueba *absoluta* de la propiedad, sino la preponderancia *relativa* de los medios de prueba, lo que hacía inclinarse á la balanza (1).

Veamos ya qué punto de apoyo podemos sacar para nuestro asunto de esta institución. Encontramos, en primer lugar, el hecho interesante de que la posesión, desde sus primeras manifestaciones en la historia del derecho romano, se presenta en la más extrecha conexión còn la propiedad y el debate sobre la misma. El posesorio, para emplear el lenguaje moderno, constituye una parte integrante del petitorio, y no se puede creer que el primero pudiera presentarse independientemente del segundo, porque la única forma conocida para nosotros, la colación de los *vindiciæ*, no podía concebirse más que en un debate sobre la propiedad, y los interdictos *ret. poss.*, que sustituyeron más tarde á esta forma, y la separaron, no podían en absoluto haber existido al lado de ella. No se encuentra ejemplo alguno, en los antiguos tiempos, de semejante acumulación de dos remedios jurídicos relativos al mismo fin. La segunda observación que nos inspira el examen de esta institución, es que la cuestión de posesión es independiente de la

---

(1) V. mis deducciones, l. c., pág. 90 y siguientes. Encuéntrase la misma relación en el antiguo procedimientp inglés de la propiedad, donde la cuestión puesta á los jurados no tendía á saber si el demandante tenía la propiedad, sino que estaba concebido asi. *Utrum A vel B* MAJUS *jus habeant in terrailla.* Gneist. *Selfgovernment*, pág. 80. Un ejemplo más reciente que recuerda el juicio de Salomón se encusntra en Suetonio. Galba, c. 7: *Cum de proprietate jumenti quæreretur levibus* UTRIMQUE *argumentis et testibus ideoque difficili conjectura veritatis ita decrevit, ut ad lacum, ubi adaquari solebat, duceretur capite involuto atque ibidem reve lato ejus esset, ad quem sponte se a pouts recepisset.*

violencia. Es verdad que la lucha ficticia por la cual comenzaba la *reivindicatio*, parece significar lo contrario, pero sólo en apariencia. La circunstancia de que el Pretor, como hemos notado, podía conferir los *vindiciæ* aun al no poseedor, es decir, al mismo de parte de quien estaba la perturbación, muestra suficientemente que la colación de los *vindiciæ* no podía tener por fin permitir al Pretor proteger al poseedor contra la perturbación del no poseedor. Esta lucha no tenía más que una importancia simbólica: hacer constar, conforme al espíritu del derecho antiguo, por hechos en lugar de palabras, la negación recíproca de la propiedad. El que el Pretor concediese la posesión á una de las partes, no era, pues, á causa de la perturbación; para eso la pretensión del poseedor á ser judicialmente protegido hubiera debido ser acogida por adelantado, y ocurría lo contrario precisamente, porque tal pretensión no era reconocida, y hacía falta regular de un modo provisional la cuestión de posesión mientras duraba el proceso. Se puede, pues, afirmar en cierto sentido, que por lo general en el más antiguo derecho la noción de la posesión no existía aun (1), porque no existe allí donde el poseedor no encuentra protección y reconocimiento como tal. Ocioso sería preguntar si en la época más remota se designaba á aquel que había obtenido los *vindiciæ* con el nombre de *possessor*. Para probar que se veía en él cosa distinta del *possesor* de las épocas siguientes, es decir, que se veía en él, no sólo al simple tenedor de hecho, sino al *propietario interino (einstweiliguen Eigethümer)*, recurriré, si no se quiere aceptar el testimonio que Tito Livio nos ha conserva-

(1) En general puede afirmarse que la noción de la *posesión*, distinta por un lado de la mera *tenencia* y por otro de la *propiedad*, es una noción jurídica difícil y que como tal no puede encontrarse en el derecho positivo sino después que la cultura llega á cierto grado. Los pueblos primitivos son inhábiles para entrar en aquellos distingos que la posesión romana y moderna suponen. La distinción entre mero detentador y propietario es fácil, pero no lo es tanto la otra, al menos tal como va implícita al fin en la usucapión, y en cierto modo en el interdicto.—*(N. T.)*

do (1) sobre el procedimiento reivindicatorio más antiguo, á un testimonio más reciente, que, á pesar de la separación rigurosa introducida después de ese tiempo entre las nociones de la propiedad y de la posesión, aplica la misma expresión á la relación correspondiente del procedimiento nuevo. Un rescripto de Antonino Pio llama *propietario interino (interinus domini loco habetur)* al poseedor de la herencia que ha dado al demandante la caución que había, en lugar del *prædes litis ac vindiciarum* del procedimiento antiguo, y liga á esto la consecuencia práctica de que los esclavos hereditarios no pueden ser sometidos á tortura contra él; disposicion que Calistrato, á quien debemos esta noticia, aplica empleando las mismas expresiones á la reivindicación de un esclavo (2).

Propiedad interina; he ahí, pues, el sentido originario de la colación de los *vindiciæ*, y no la atribución de la posesión neta en el sentido de la teoría posesoria moderna; sólo de este modo se puede comprender bien el debate sobre aquéllos. El procedimiento reivindicatorio no se mueve fuera del círculo de la propiedad; pero la pauta que el Pretor aplica al principio difiere de la que empleara más tarde; se resuelve en una prueba *prima facie*, suficiente para el fin de la disposición provisional y muy distinta de la prueba completa que será necesaria para la decisión definitiva. El derecho antiguo nos muestra de esta suerte la posesión como una *posición de la propiedad*, conforme á nuestra teoría.

Pasemos ahora al derecho nuevo. Aquí la relación de sucesión histórica en que se encuentran los *ind. retinendæ possessionis* con los *vindiciæ* es tan evidente, que no podía dejar de ser advertida por todos (3). Según el testimonio de nuestras

---

(1) Libro 3.°, 42: *Interim* DOMINUM *sequi ancillam æquum esse.*

(2) L. 15, § 2, *de quaest.* (48, 18).

(3) Me ha sorprendido encontrar esta opinión junto con una exposición muy notable de las *vindiciæ*, en un autor en el cual no se la hubiera buscado ciertamente. V. Schilter *Praxis jus Rom.* Exerc. 16, § 30.

fuentes (V. más abajo), los interdictos fueron introducidos con el mismo fin que los *vindiciæ* en el antiguo procedimiento, esto es, para regular la relación posesoria durante el proceso sobre la propiedad. Prodújose así, no sólo un cambio de forma, sino una transformaeión esencial y triple de la cosa. *Primeramente*, la cuestión de posesión, que era el objeto del poder *discrecional del Pretor*, llega á ser materia de una *decisión en justicia regulada;* la posesión no es ya *concedida*, sino *instruída*; ó en otros términos, se convierte la posesión en una relación independiente, separada de la de propiedad. En *segundo lugar*, esta transformación se haya en conexión estrecha con la influencia que ejercía la posesión en el nuevo procedimiento reivindicatorio, y que podía ejercer en virtud de su nueva organización, librando al poseedor del peso de la prueba. Este resultado era debido positivamente á la desaparición de la *contravindicatio* y á la transformación, que fué su consecuencia, del *judicium duplex* en *judicium simplex*. La *tercera* modificación, no menos esencial, consistía en la separación del posesorio y del petitorio. Mientras que los *vindiciæ* no podían presentarse sino con ocasión del proceso reivindicatorio, con los interdictos ocurría otra cosa distinta. De igual manera que en la Edad Media, el *summariissimmum*, que era en su origen una disposición incidental del *ordinarium (portio interdicti uti possidetis)*, se emancipaba de éste elevándose al rango de remedio legal independiente; así, por medio de esos interdictos, la cuestión posesoria se desligaba del proceso de propiedad. Difícilmente puede admitirse que la idea de la necesidad de proteger la posesión contra las perturbaciones frívolas haya sido decisiva en esta concurrencia, porque esos interdictos no concedían restitución alguna contra las perturbaciones pasadas; para éstas existían otros remedios, p. ej., el interdicto *quod vi aut clam.*, la *act. injuriarum*, *act. legis Aquilæ*. La separación provino, en mi sentir, de que no se podía impedir al propietario abandonar el auxilio enérgico de la reivindicación y de la negatoria cuando el menos enérgico de los remedios posesorios le bastaba

para lograr su fin. De esta manera ocurría ciertamente la posibilidad de que un poseedor que no aspirase de ningún modo á la propiedad, intentase con buen éxito los interdictos.

Esta independencia de la posesión que nos presenta al simple poseedor como tal, es decir, al ocupante arbitrario, al ladrón, al bandido, como vencedor posible del propietario, encierra, como ya hicimos notar, el verdadero enigma de la posesión. Y hemos llegado ya al lugar en que la elección del camino que sigamos debe ser decisiva para el resto de nuestro estudio. Esta situación es el estado normal de la posesión: ¿los interdictos han tenido por objeto declarar á esas personas dignas de protección en el grado mismo en que lo es el propietario, ó bien la protección posesoria mira al propietario, y su extensión á esas personas no es más que una *consecuencia inevitable*? (1). ¿Debemos ver en la propiedad el principio normal de los interdictos posesorios y el motivo de su introducción?

Oigamos la respuesta que nos da á esta cuestión el derecho romano:

---

(1) Teniendo en cuenta el principio fundamental y poco estudiado de la ineficacia de la ley, para *garantir* todo estado de derecho, es indiscutible lo de la consecuencia inevitable, pues no se puede suponer la *intención legal* de proteger al indigno. Se le protege en cuanto aparece *que no lo es*. Por lo demás, siempre hablando desde un punto de vista *general*, la protección de la posesión, aunque condicione la propiedad, se explica por la *dignidad jurídica* de la posesión, la cual supone en sí misma un estado de la persona en su relación con los medios, que exige respeto y determina todo un conjunto de obligaciones. Verdad es que para explicar bien esto debe no olvidarse nunca la distinción entre la posesión como momento jurídico y la consideración positiva de la misma como paso para la prescripción, todo lo cual depende del organismo social del derecho positivo y de sus exigencias. En rigor, y sin atender á estas exigencias, no es fácil suponer una posesión quieta, en suspenso, que no entrañe el goce actual (propiedad) de la cosa, y en tal sentido, la protección de la posesión implica protección de propiedad, aun cuando no implique la definitiva garantía: el goce de la cosa que entraña el concepto *positivo* y *social* de la relación *exclusiva* de propiedad.—*(N. del T.)*

1. El motivo *histórico* de la introducción de esos interdictos radica en el interés de regular la posesión en el debate concerniente á la propiedad.

Ante los testimonios inequívocos y repetidos de nuestras fuentes, que establecen ese punto de partida (1), toda tentativa para dar á los interdictos otra explicación debe resultar infructuosa (2). No es, ciertamente, el pensamiento de colocar bajo la égida del derecho los bienes, aunque procediesen del robo, lo que ha hecho nacer esos interdictos, sino la idea, realizada ya en los *vindiciæ* del procedimiento más antiguo, de *regular provisionalmente la relación de propiedad.* Miraban, pues, la posesión desde mi punto de vista, considerándola como obra avanzada, como una *posición* de la propiedad.

2. Esta relación de los interdictos con el debate sobre la propiedad se reprodujo continuamente en la época más moderna del derecho romano.

En nuestras fuentes no se trata casi nunca de aquélla sin que al propio tiempo se haga alusión al debate sobre la propiedad (3).

L. 35 *de* POSS. (41, 2). *Exitus controversiæ* POSSESSIONIS *hic est tantum, ut prius pronunciet judex, uter* POSIDEAT... *et tunc de* DOMINO *quæratur.*

L. *un.* COD. UTI POSS. (8, 6)... *de* PROPRIETATE *congnoscet.*

L. 1, COD. *de interd.* (8, 1)... *orta* PROPRIETATIS *et* POSSESSIONIS *lite prius possessiones decidi oportere quæstionem competentibus actionibus ut ex hoc ordine facto de* DOMINII *discepta-*

---

(1) Gayo, IV, § 148. Ulpiano, L. 1, *de uti poss.* (43,17), § 4, 1 *de interd.* (4,13) Irofilo, ibid.

(2) Hasta Savigny no se ha intentado, que yo sepa. V., p. ej., la glosa y los comentarios sobre la *Instituta*, de Jano, Costa, Vïnnio, Otto. al texto citado; contra la tentativa de Savigny, v. Von Vagerow, Pandectas, § 336, n. 1.

(3) Igualmente en el procedimiento de libertad, la *pronuntiatio* sobre la relación posesoria, es decir, sobre la cuestión de saber si el supuesto esclavo estaba *in possessione libertatis* ó *servitutis*, era el primer acto del *judicium liberale*. L. 7, § 3, *de lib. causa* (40, 12).

tione probationes ab eo, qui de possessione victus est, exigantur.

L. 13, COD. *de* REIN (3, 32). *Ordinarii juris est, ut manicipiorum orta quæstione prius exhibitis mancipiis de* POSSESSIONE *judicetur ac tunc demum* PROPRIETATIS *causa ab eodem judice decidatur.*

L. 1. COD. *si de* NOM POSS. (7, 69)... *ita* POSSESSIONIS *reformationem fieri óportet, ut integra omnis* PROPRIETATES *causæ servetur.*

1. *un.* COD. *Theod.* UTRUBI (14, 23)... *bonæ fidei possessori primum opertet et celeri reformatione succurri* (éste es por medio del *interd. utrubi) tunc causam origines (colonorum) et* PROPRIETATIS *agitari* (en el *Cod. Just.* la L. 14, *de agric.*, 11, 47).

En las mismas Basílicas (50, 3, 72), el interdicto *uti possidetis* se pone siempre en relación con la propiedad:

Quando de possessione movetur actio uti possidetis, is vincit, qui nec vi nec clam nec precario possidet: et DEINDE *aut satisdat et suscipit* REIVINDICATIONEM *aut non satisdat et possessio ad alterum transfertur.*

Al posesorio, pues, que es el primer paso, se refiere *(deinde)*, como una consecuencia necesaria, el petitorio.

Esta asociación de ideas entre la posesión y la propiedad, ó entre el posesorio y el petitorio, se representa también en sentido inverso, es decir, que además de los textos que mencionan el petitorio con ocasión del posesorio, hay otros que mencionan á éste con ocasión del petitorio: así se ve, por ejemplo:

L. 24, de R. V. (b. 1): *Is qui destinavit rem petere, animadvertere debet, au aliquo interdicto possit nancisci possessionem.* L. 3, *Cod. Theod. unde vi* (4. 22), i. f. L. 3, *Cod. fin seg.* (3 39).

3. El posesorio y el petitorio se designan como partes del

mismo debate jurídico, el segundo como *causa principalis*, el primero como preparación.

La L. 3, *Cod. Theod. de judic.* (2, 18), ligeramente modificado en la L. 10, *Cod. Just. de judic.* (3. 1), contiene un edicto de Constantino, en el cual prohibe llevar el posesorio y el petitorio ante dos jueces distintos; llega hasta prohibir, con imposición de penas, el pedir dispensa imperial de esta disposición. Esta constitución es interesante para nosotros, por la manera de expresarse acerca de la relación entre el posesorio y el petitorio. Los indica como un todo (QUI CAUSÆ CONTINENTIAM *dividit)*, como un proceso que *in uno eodemquem judicio poterat terminari*, y el debate *super possessione* se opone al SUPER PRINCIPALI *quæstione* (1).

En la L. 1, § 45, *de aqua quotid.* (43, 20), Ulpiano coloca en oposición con el interdicto posesorio, que sirve para garantir el derecho sobre aguas, un interdicto que tiene por condición la prueba de ese derecho, y advierte respecto de este último:

> *In hoc interdicto totam quæstionem finiri assignationis, non enim* PRÆPARAT *hoc interdictum causam ut superiora interdicta, nec ad* POSSESSIONEM TEMPORARIAM *pertinet, sed aut habet jus adsignatum sibi aut non habet et* INTERDICTUM TOTUM FINITUR.

Los interdictos posesorios, pues, dice, que se refieren únicamente á la posesión temporal *(ad possessionem temporaria pertinent);* no resuelven el debate mismo como el interdicto en cuestión, sino que preparan sólo la decisión final y definitiva *(præparant causam)*.

Así, también, la L. 5, *Cod. de poss.* (7, 32), ha podido emplear para la protección posesoria prometida al implorante la expresión: *Præses* DOMINII TUI JUS *convelli non sinet*. La protección de la posesión corresponde al *jus dominii;* retirarla sería

(1) En otra parte vese *causa principalis*, L. 1, Cod. Theod. *unde vi* (4, 22), *Negotium principale*, L. 3, *Cod. Theod. ad Leg. Jul. de vi* (9, 10). Simmachus, Ep. X, 41, *de possessione... judicari*, PRINCIPALEM *vero causam... reservari*.

prejuzgar la protección de la propiedad *jus dominii convellere* (1).

4. Según el uso corriente y normal de las cosas, es el *propietario* quien intenta los interdictos.

Ningún jurisconsulto romano lo ha dicho expresamente, es cierto; pero se encontrará implícitamente esta idea si se examina sin prevención la

> L. 8, *de vi* (14, 3, 16), de Paulo: *Fulcinius dicebat vi possideri, quotiens* VEL NON DOMINUS CUM *tamen possideret, vi dejectus est.*

El interdicto *unde vi*, dice el jurisconsulto, se concede en la expulsión aun del no propietario. Si juzga necesario notar esta circunstancia como algo particular en lo relativo al no propietario, muestra esto claramente, en mi sentir, que aquel para quien, en el fondo, se ha hecho, y en manos de quien debe por lo regular encontrarse la posesión, es el propietario. Así se explica también por qué en este interdicto se designa como demandante al propietario y no al poseedor. V., p. ej., L. 12, ibid.

El mismo procedimiento se encuentra para el interdicto *de precario*. Los jurisconsultos romanos designan en él también

---

(1) De igual suerte la L. 9, *de commod.* (13, 6), pudo indicar como motivo de la regla de la L. 8: *rei commodatæ et possessionem et proprietatem retinemus: Nemo enim commodando rem facit ejus cui commodat,* lo que no puede aplicarse á la posesión más que si se la contaba en estrecha conexión con la propiedad. No es también la misma idea la que hay en el fundo de la L. 43 *de releg.* (11, 7): *Qui de jure domini queritur?* El propietario no puede contra la voluntad del usufructuario inhumar en el fundo ningún cadáver (L. 2, § 7, ibid, *invito fructuario locus religiosus non fiet,* L. 43 cit.); sin embargo, si el usufructuario se opone, se concede al propietario el interdicto *mortuo infirendo,* para vencer su resistencia; ó en otros términos, y empleando el lenguaje actual, el debate se agita, no en petitorio, sino en posesorio; el usufructuario con su derecho de oposición es rechazado *ad reparatum,* y de esta protección del propietario, que descansa esencialmente sobre la idea de la posesion, es de la que dice Papiniano: *de jure dominii queritur.*

al demandante con el término *dominus*, v., p. ej., L. 4, § 4, L. 6, p. L. 12, p. *de precario*, y el objeto por los adjetivos que indican la propiedad, L. 15 p. NOSTRO *utatur*, L. 3 *per fundum* MEUM. L. 18 ibid. *rem* SUAM. Aquí también un jurisconsulto creyó que debía hacer la misma observación que hemos anotado más arriba para el *unde vi. Sed et si eam rem*, dice Venuleyo en la L. 17 ibid., *cujus possessionem per interdictum uti possidetis retinere possim, quamvis futurum esset, ut tenear de proprietate, precario tibi concesserim teneberis hoc interdicto.* La convención de que el precario no podrá ser revocado durante un cierto tiempo es nula: *nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam invito* DOMINO *possidere liceat.* L. 12, p. ibid. La propiedad en la persona de aquel que recibe excluye la validez del precario, L. 4, § 3 ibid.; y la idea de que aquel que ha dado su cosa en prenda podrá hacer que se le restituya la posesión *precario* por el acreedor, es rechazada por Ulpiano en la L. 6, § 4, ibid., porque se trata aquí de un *precarium* POSSESSIONIS *non* PROPRIETATIS. Volveremos más adelante sobre este punto de vista.

Esta idea de que el poseedor es regularmente propietario, y acerca de cuya verdad relativa nos hemos ya decidido más arriba, ha sido legalmente expresada:

5. En la disposición del derecho romano, según la cual los *poseedores*, es decir, los poseedores de bienes fundos comprendidos en los límites de la ciudad, están exentos de la caución judicial (1).

Como *poseedores* se designa aquí, no los VERDADEROS PROPIETARIOS, como Savigny creía (2), sino los poseedores como tales, porque y en tanto que obran como propietarios y se supone que lo son (3). A esto es preciso añadir:

---

(1) L. 15, *qui satisd.* (2, 8).

(2) En efecto, en la explicación empleada en el § 1 del texto citado, el jurisconsulto no se sirve de la palabra *dominus*, sino que conserva la palabra *possidere: qui rem soli possidet.*

(3) Por tal motivo el acreedor hipotecario no pasa por *possessor* en el sen-

6. El lenguaje usual de la vida ordinaria que toma *possessor* por *dominus* y *possessio* por propiedad (inmueble).

La propiedad asume en la posesión una forma visible, la posesión es la propiedad en su plena eficacia, en su forma normal (1). No es extraño, según esto, que en el lenguaje ordinario, el cual gusta de referirse antes á lo que es visible que á lo que no lo es, hable de poseedor territorial y de posesión, cuando tiene presentes el propietario territorial y la propiedad, tanto entre nosotros como entre los romanos (2). Cosa muy diferente es, en verdad, el lenguaje del derecho y el de los jurisconsultos; pero siempre que ambas nociones no aparecen exactamente distintas, la idea de la vida común, que ve en el poseedor al propietario, se transporta al dominio del derecho y de la jurisprudencia.

Pero volvamos á los *interdictos posesorios*.

---

tido del párrafo 2, porque no tiene la pretensión de la propiedad, *non enim opinione domini possidet*, como dice C. L. 22, § 1. *de nox. act.* (9, 4).

(1) Innegable desde el punto de vista de la satisfacción de la necesidad que el derecho de propiedad supone, la posesión, como *condición* esencial (momento). No hay en rigor propiedad *sin posesión*, aun cuando al tenor del artículo 432 del Código español, la posesión puede tenerse en concepto de dueño ó en el de tenedor, perteneciendo el dominio á otra persona, porque en este caso se supone la propiedad como derecho á reivindicar la cosa que está en posesión material del que la use; pero realmente considerando la *posesión*, no como la *tenencia material*, sino como la posibilidad de hecho de disponer del objeto (no de la cosa misma) del derecho, el propietario está en *posesión* de su derecho de reivindicar, como el tenedor es *propietario* de cada una de las condiciones que el uso y posesión de la cosa le prestan. En tal supuesto, nos afirmamos en las ideas ya expuestas más ó menos explícitamente, de que en cada relación jurídica plena no hay posesión sin propiedad, y menos al contrario, y en lo formalista y limitado del concepto de posesión romano y español.—*(N. del T.)*

(2) Particularmente en las Constituciones imperiales. V., p. ej., L. 12, *Cod. de poss.* (1, 32). L. 1, *Cod de praes.* (7, 23). L. 2, *Cod. de probat.* (4, 19). L. 1, *Cod. si per vius* (8, 5): y se encuentra la misma palabra *dominium possessionis* L. 2, *Cod. Theod. de bon. mat.* (8, 18). Se sabe que los jurisconsultos romanos usaban *possessiones* por bienes fundos, es decir, propiedad de los bienes. V. un ejemplo en la L. 78, de V. S. (50, 16).

Un caso había en el que se negaban sus servicios: en materia de herencia. Como la posesión del difunto cesa con su muerte, la apropiación de cosas hereditarias por parte de terceros no llamados, no es una *sustracción de posesión*, y en tal supuesto los interdictos *retinendæ* ó *recuperandæ posessionis* no son aplicables.

Si el derecho romano no hubiese llenado este vacío por medio de la *hereditatis petitio*, el heredero hubiera perdido la facilidad de la prueba que la posesión procura al propietario, y en la reivindicación ó acción publiciana que le quedase, habría debido proporcionar la prueba rigurosa de su propiedad, es decir, de la *bonæ fidei possessio* de su autor. Ahora bien: esta circunstancia de que el derecho romano supla los interdictos posesorios por medio de la *hereditatis petitio* (1) proporciona,

7. un nuevo argumento en pro de la exactitud de la opinión que vengo sosteniendo:—la «*hereditatis petitio*» *llena en la práctica la función de las acciones posesorias* (2).

Como estas últimas, sustituía la prueba del derecho por la de la *tenencia de hecho* (3). Si como pretende la teoría de la voluntad, la posesión se protege únicamente á causa de la voluntad que se realiza; si la protección posesoria tiene por causa única que la voluntad del poseedor ha sido desconocida, ¿cómo la tenencia pasada del difunto, que en el momento de la aprehensión de las cosas hereditarias de parte de un tercero está ya inanimado, es decir, desprovisto de voluntad, puede llegar á ser protegida? Que no se objete que no se trata ya de una protección *posesoria;* porque la noción de ésta no radica en la noción habitual de los interdictos (4), sino tan sólo en la cir-

(1) He expresado incidentalmente esta opinión hace varios años en mi disertación inaugural *de hereditate possidente*. Berol., 1842, pág. 40.

(2) Ocurre lo mismo con el interdicto *quod legatorum*, que se dirige, como el *utrubi* en su forma antigua, contra los terceros poseedores. L. 1, § 18, *quod legat.* (43, 3).

(3) No sólo de la *posesión jurídica*, sino también de la simple *tenencia*. L. 19 *pr.*, *de her. pet.* (5, 3), lo que por lo demás es accesoriamente posible para el *int. unde vi*. L. 1, § 33, *de vi* (43, 16).

(4) Savigny, l. c., pág. 385: «que el magistrado haya acordado un *interdicto*

cunstancia de que una *relación de hecho* es reconocida y protegida *sin prueba del derecho.*

Entre vivos, esa relación de hecho exige regularmente la *voluntad*, y se llama *posesión;* con la muerte desaparece la voluntad, y por consiguiente, la posibilidad de asentar la noción de posesión; pero la necesidad práctica de esta protección no desaparece por eso, y el motivo legislativo de la protección posesoria, la facilidad de la prueba que debe proporcionarse al propietario, subsiste siempre en toda su plenitud (1). A la posesión corresponde aquí el estado de las cosas constituídas pasivamente en la masa (2). Espero no exponerme á una mala inteligencia diciendo: la *posesión* falta ahí, es verdad, pero no la *idea* de la posesión. Lo que da á la posesión su importancia práctica, no es este efecto subjetivo psicológico, según el cual el poseedor se *siente* y se *sabe* poseedor—y de ahí, por otra parte, según más adelante demostraremos, el signo distintivo normal de la posesión—sino su importancia para la propiedad: la usucapión y la protección posesoria. Ahora bien: *esos dos efectos se transportan á la petición de herencia.* La usucapión continúa, y la petición de herencia garantiza la protección posesoria, sin que la posesión exista.

Si el colono es expulsado en vida del arrendador, éste tiene contra él el interdicto *unde vi:* si la expulsión se verifica después de su muerte, su heredero tiene la petición de herencia. Para ambas acciones basta la prueba de la posesión.

---

en lugar de una acción, es para nosotros un hecho sin importancia, y aun para los mismos romanos era sólo una circunstancia fortuita que en nada afectaba á la naturaleza del derecho del demandante.»

(1) L. Cód. Theod. Quor. bon. (4, 21). *Quid jam planius, quam ut hæredibus tranderetur, quæ in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset, etiamsi quod possit tribui de proprietate luctamen?... Omnibus frustrationibus amputatis in petitorem corpora transferantur; secundum proprietatis non exclusa.*

(2) L. 40, § 1, *De poss.* (41, 2)... *Si nemo extraneus eam rem interim possiderit, sed semper* IN HEREDITATE COLONI MANSERIT. Con respecto á la usucapión (la POSSESSIO *qualis qualis* de la L. 88, *De aeq. her.* 29, 2), V. L. 6, § 2, pro. enit. 41, 4)... *Si nemo eum possedisset.*

La muerte pierde de esta manera la perniciosa influencia que debería tener, según la teoría de la posesión, sobre el derecho de propiedad, tomada la palabra en su más lato sentido; la laguna que la pérdida de la posesión engendra al heredero se salva, y el *motivo* legislativo de la posesión se repite, por decirlo así, fuera de la verdadera esfera de la posesión. Y así se confirma precisamente lo que es el primer fundamento, la verdadera *vis agens* de la posesión; es decir, la voluntad no, sino la necesidad indispensable de la posesión para la propiedad (1).

La herencia no es, por lo demás, la única relación donde el fin práctico de la posesión echa por tierra la fórmula teórica que hace de ella una relación de voluntad. Las personas que no tienen voluntad, como los mentecatos, los niños y las personas jurídicas (2), no pueden (3), según ese motivo, tener una verda-

---

(1) En último término, se protege, protegiendo la posesión, á la persona, que es á quien se mira y cuyas condiciones de existencia racional *exigen* tal protección.—*(N. del T.)*

(2) Habría mucho que decir en el terreno de los principios (que es el mismo en que en otras ocasiones se coloca Ihering al tratar de las personas jurídicas), respecto de si las personas jurídicas tienen ó no voluntad. Ihering, en este punto, toma las personas jurídicas en el sentido de personas *ficticias* (concepto romano), considerando que no hay más personas reales que el individuo; pero, ¿puede en virtud de las corrientes reinantes en la Filosofía del Derecho y merced al influjo de la Sociología, negarse la realidad objetiva, el carácter de ser y la cualidad de sustantividad á las personas sociales? ¿Y si tienen esa sustantividad, si las sociedades son verdaderas organizaciones racionales, cómo decir que son personas sin voluntad? Más bien parece que las teorías modernas se inclinan á lo contrario, viendo en la persona social algo que, produciéndose bajo el estímulo de la necesidad, alcanza una existencia *per se*, y es ser racional con todas las facultades y condiciones del mismo. Por caminos diferentes, y dando á las personas colectivas y á la sociedad misma la consideración de seres, von Spencer, Schäffler, Fouillée, Espinas y tantos otros, cuyas ideas puede el lector español ver admirablemente expuestas por el señor Giner de los Ríos, en su estudio sobre *Las personas sociales, según los juristas y sociólogos modernos*, publicado en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1891-92.—*(N. del T.)*

(3) V. para estas últimas la L. 1, § 22, *De poss.* (41. 2), *municipes per se nihil*

dera posesión. Pero negarles la posesión sería comprometer, de la manera más sensible, su posición de propiedad (1), y esta última consideración es tan decisiva, que la necesidad práctica vence las aprensiones jurídicas: la exterioridad de la propiedad (ejercida por medio de representantes), se conceptúa respecto de esas personas como *posesión*, así gozan de prescripción y tienen los *interdictos* (2). Si el derecho romano no hubiese acudido en socorro del heredero por la petición de herencia y por el principio según el que la usucapión se continúa aun mientras la herencia está vacante (3), los jurisconsultos romanos difícilmente hubieran titubeado en admitir, *utilitatis causa*, una posesión sin voluntad de poseer para la *hereditas jacens,* así como para esas personas. ¡La usucapión continuada mientras la herencia está vacante, un efecto de la posesión! La concesión de los interdictos posesorios, en ese caso, no sería una enormidad más grande que esa usucapión sin posesión.

La *her. pet.* les evitaba tales vacilaciones. Es sabido que esta acción no se dirige contra cualquier persona que posea las cosas hereditarias, sino contra aquella que las posee *pro herede vel pro possessore.* ¿Por qué motivo? Por el mismo motivo que

---

possidere possunt, quia uni consentire non possunt, es decir, porque la voluntad de poseer les falta.

(1) Esta apreciación está expresamente enunciada para los insensatos en la L. 44, § 56, *De concep.* (41. 3). *Eum, qui posteaquam usucapere cœpit, in furorem incidit,* UTILITATE SUADENT, *relictum est*, NE LANGUOR ANIMI DAMNUM ETIAN IN BONIS *afferut, ex omni causa impleri usucapionem.*

(2) *Sed hoc jure utimur,* dice Ulpiano en la L. 1, ibid., *ut et possidere et usucapere municipes possunt.*

(3) Este mismo principio está en nuestro Código civil consagrado en el art. 440, el cual dice: «La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue á adirse la herencia. El que válidamente repudia una herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento», y luego en el 1934, el cual dispone que «la prescripción produce sus efectos jurídicos á favor y en contra de la herencia, antes de haber sido aceptada y durante el tiempo concedido para hacer inventario y para deliberar».—*(N. del traductor.)*

hace que los interdictos posesorios no sean concedidos contra tercer poseedor, sino sólo contra aquel que inmediatamente substrae la posesión, ó bien contra aquel que nos la disputa; ó en otros términos, es *en la persona del adversario* donde obra el motivo de la facilitación de la prueba que esos dos remedios conceden igualmente al demandante, y en el sentido de que no tenga que producir la prueba de su propiedad, puesto que le basta probar el estado de hecho, la exterioridad de la propiedad. En la *lesión* de la posesión ese motivo obra sobre la injusticia cometida por el defensor, *vi aut clam;* á este elemento corresponde en la *her. pet.* el *titulus pro possessione* (1); en una *controversia de possessione* el motivo radica en que sólo la posesión y no la propiedad es el objeto del debate. A ese caso del *uti possidetes* corresponde la *her. pet.* contra el *pro herede possidens.* Sería absurdo imponer al demandante, frente á ese defensor, la prueba de la propiedad del *de cujus*, porque no se trata entre ellos de saber quién es propietario, sino de quién puede pretender la posesión como heredero. Contra aquel que, por el contrario, no posee, ni *pro herede*, ni *pro possessore*, la *her. pet.* está tan fuera de lugar, como los interdictos posesorios contra terceros que poseen nuestras cosas. Es preciso usar contra ellos, ó la *reivind.* ó la *Publiciana.*

La *her. pet.* llena, pues, también de hecho la función de los remedios posesorios. No pretendo que tenga exclusivamente este fin; me basta que lo alcance. Ya hemos notado que va más allá aún en eso que las condiciones de la posesión *jurídica.* La tenencia de hecho, que en los interdictos posesorios se restringe en la noción de la posesión jurídica, obtiene en la *her. per.* la misma extensión que en las acciones penales que tienden á la restitución de las cosas arrebatadas (2); se extien-

(1) La L. 37, § 1, *de usu cap.*, aplica hasta el mismo *pro possessore possidens* la noción de la *vis*, en la que la posibilidad de la posesión de un fundo hereditario *sine vi* es limitada al caso, *si dominus* SINE SUCCESSORE *decesserit.*

(2) *Non utique spectamus rem* IN BONIS *actoris esse... si tamen* EX BONIS *sit...*

de á todas las cosas comprendidas en la masa, por consiguiente á aquellas que el de *cujus* no hacía más que detener, y respecto de las cuales tiene algún interés el heredero (1). Otro desarrollo de los interdictos posesorios de la época clásica se encuentra en la extensión del *titulus pro possessore* (2); yo probaré con ocasión del *unde vi* (VIII) que la época imperial posterior ha dado la misma extensión á la protección recuperatoria de la posesión.

Y esto basta para sostener mi opinión sobre la importancia de las acciones posesorias. Cuando yo digo *mi* opinión, no sé si se querrá reconocerme tal derecho. En efecto, Savigny y los que le han seguido han perdido de vista el lazo de los remedios posesorios con la propiedad; no han faltado, sin embargo, antes y hoy, autores que lo han reconocido y puesto en claro. Ante expresiones inequívocas de nuestras fuentes, la relación del interdicto *retinendæ poss.* con el debate sobre la propiedad no fué, que yo sepa, puesta en duda antes de Savigny (3); la práctica, por su parte, daba todavía un paso más que nuestras fuentes. Guiados por la idea de que el posesorio y el petitorio no son en el fondo más que fases de un solo y mismo debate sobre la propiedad (4), y mostrándose por consecuencia positivamente contrarias al posesorio en el caso en que se presenta aislado (5), muchos antiguos prácticos enseñan que el juez de-

---

si est bonis hoc est EX SUBSTANCIA MEA *res ablata esse proponatus.* L. 2, § 22, *vi bon* (47, 8).

(1) L. 19, *p. de her. pet.* (5, 3.).. *quorum tamen periculum ad heredem pertinet.*

(2) L. 13, § 1, L. 16, § 4, etc., *de her. pet.* (5, 3), L. 14, § 2, *quod met.* (4, 2). Este último texto concede al heredero la *her. pet.* aun contra el que violentamente substrae la posesión al *de cujus.*

(3) Comp., por ejemplo, los antiguos exégetas sobre el § 4, 1, *de interd.* (4, 15).

(4) De ahi la regla: *Finis possessorii est principium petitorii.* V., por ejemplo, Gaill. *Obs. praet.*, I, 7, § 3; este autor invoca á su vez los autores anteriores.

(5) Schilter, *Praxis jur Rom.* Sentando la posibilidad de emancipar el posesorio del petitorio, introducido por medio del *interd. ret. poss.*, como una innovación no prescrita por el Pretor mismo, pero intervenida más tarde, y

bía, cuando la propiedad es clara desde el primer momento, decidir en interés de la abreviación del proceso por el petitorio y no por el posesorio (1).

Esta opinión, que ha encontrado aun en este siglo algunos defensores (2), ha debido sucumbir por completo ante la influencia decisiva que el escrito de Savigny sobre la posesión ha ejercido en la teoría y en la práctica. Por otra parte no se puede poner en duda, en presencia de las explicaciones de autores recientes (3), que Savigny por un lado se ha dejado ir demasiado lejos en el sentido opuesto, cuando ha sacrificado por amor propio, al caracter penal de los interdictos, el punto de partida de los textos en lo que concierne á los interdictos *retinendæ possessionis*, esforzándose por someter al mismo punto de vista hasta la misma función de la *reivindicatio*. El interdicto *uti poss.* es á mi ver la piedra de toque de toda la teoría

---

como una alteración positiva del antiguo derecho que consideraba el procedimiento por *vindiciæ* como una parte integrante de la reivindicación (Exerc., 16, § 10), advierte al juez que no debe acoger con facilidad los remedios posesorios y le invita á terminar el debate de un golpe *et quoad possessionem et proprietatem eodem judicio compendiosa terminari.* Invoca además un autor *qui pie monuit, remedia possessoria in conscientia valde esse periculosa; nam nullo modo posse quem sine periculo animæ possessorio remedio agere, etiamsi in eo bonum faveat jus, nisi etiam in judicii proprietatis res ad eum pertineat, et aliter agendo scienter mortaliter peccari et ad omnes expensas damna et interesse parti victæ teneri.* (Exerc., 13, § 12.)

(1) Por ejemplo, Peres, *Præl. ad Cod.*, lib, 8, tít. 6, § 20. Lauterbach, *Coll. theor. pr.*, 43, 17, § 13 y los autores que él cita. Mevio Decis, part. VII, Decis. 248: *Notorium dominium facit cessare interdictum uti possidetis et defensionem possessionis.* Leyser, *ad Pand.* sp. 468, med. 31, se refiere á una decisión de la Facultad de derecho de Helmstadt; designa la opinión contraria como un *vetus ac pervulgatus, error, sed etiam rationi juris et æquitate adversatur.* Pufendorf *Obs.* II, s. 113, se refiere á una sentencia del tribunal de apelación de Cette y expresa la opinión: *Cum judicia possessoria* PRÆPARANDI IMPRIMIS PETITORII *gratia inventa sint, qua præparatione in petitorio manifesto non amplius indigemus.*

(2) V. Schmid. *Handb des gemeinen Civil processes (Manual de procedimiento civil común)*, III, p. 24, V. Thibaut, *Pand.*, § 210 y los autores que cita, y Stahl, *Filosofía del derecho*, II, sec. 1, p. 302 (2.ª edic.).

(3) V. Vangerow, *Pand.*, §. 336, nota, y Herm Witt, *El int. uti poss.*, p. 28.

posesoria. Desde el momento en que un autor se ve obligado á añadir artificialmente la condición de la violencia que las fuentes no exigen en parte alguna, ha demostrado, en mi sentir, que su teoría no es conforme al Derecho romano. Semejante doctrina no se acomoda tampoco á las necesidades de la práctica, porque es preciso que á todo trance quede en ésta abierto un camino para la *controversia possessionis*, y es preciso que sea posible someter á una decisión judicial la relación posesoria disputada por las partes sin haber sido perturbada de hecho por ninguna de ellas; en suma, es necesario una acción posesoria prejudicial. No hace falta detenerse mucho para investigar los casos en que la necesidad de esta acción es irrecusable; se ofrecen á granel (1), y si algunos de entre ellos permiten en rigor suponer que ha habido retención de hecho de la posesión, la mayoría resisten á semejante artificio. Que se tome, por ejemplo, el caso de la L. 38, § 1, de *poss.* (41-2). La posesión ha sido entregada bajo una condición: el *tradens* sostiene que la condición no se ha cumplido, el *accipiens* sostiene lo contrario, y para saber á qué atenerse quiere intentar el *interd. uti possidetis*. Quisiera yo saber cómo podría negársele ó concedérsele fundándose sobre las fuentes, porque se encuentra aquí incontestablemente la condición de la L. 1, § 3, *uti poss* (33-17): *Si inter ipsos* CONTENDATUR, *uter posideat, quia alteratur si magis possideri affirmat*. ¿Donde está la violencia ó la perturbación de hecho por parte del adversario? O bien dos personas se disputan la posesión de una cosa detenida por un ter-

---

(1) Aun en las fuentes, v., por ejemplo, la combinación de los textos en Wiederhold, *El interd. uti poss.*, p. 18; otras muchas citas podrían hacerse, por ejemplo, L. 33-34, p. *de poss.* (41-2), L. 2, *Cod. ibid.* (7-32). Verb. *Se sciente* L. 21 de *usuc.* (41-3) V. un ejemplo práctico reciente en Seuffert, *Archivos*, XVII, número 45. Varios miembros de una común piden y obtienen la protección posesoria contra una resolución tomada por la autoridad curadora de la misma (Tribunal superior de apelación de Munich). V. también (*Archivos*, VIII, número 221) un ejemplo análogo en el cual la protección posesoria se niega, bien que injustamente, en mi opinión. (Tribunal superior de Stuttgard.)

cero. Este último (supongamos, por ejemplo, que es el heredero del tenedor originario, que sólo sabe que su autor ejercía la posesión en nombre de una de las dos partes, pero ignora cuál); este último, repito, está dispuesto á entregarla á aquél de las dos que establezca su posesión. No se puede pretender en absoluto obligarle á sostener un proceso contra esas dos personas, corriendo el riesgo de sucumbir frente á una de ellas y de tener que pagar los gastos del proceso. Entonces no queda otro camino que dejar á las dos partes terminar el debate entre sí; ahora bien: ¿que otra forma hay para eso más que el interdicto *uti possidetis* ó *utrubi*? ¿Dónde está aquí la perturbación de hecho de la posesión, si ninguna de las partes litigantes inquieta al tenedor? ¿Es que acaso hay perturbación de hecho desde el momento en que se presente respecto de la posesión una pretensión que impida al adversario realizar la suya? ¡Si eso es cierto, la condición de perturbación se reduce en último análisis á muy poca cosa: *á simples palabras!* Pero entonces que se rinda homenaje á la verdad, y que se diga: la condición del interdicto *uti possidetis* no es la perturbación ó la violación de la posesión: es la pretensión de poseer formulada por el adversario, y esta pretensión puede ser probada hasta por palabras sólo. De ordinario se repugna llegar á este extremo de reconocer la posibilidad de una perturbación posesoria por medio de simples palabras; pero en la literatura anterior á Savigny, que no estaba todavía influída por el punto de vista del delito, se encuentra siempre anunciada la condición de la perturbación, hasta por parte de autores que admiten además lo que yo llamaría, para abreviar, la función prejudicial de esos interdictos (1). Sólo algunos han tenido el valor de decidirse abiertamente sólo por las palabras (2). Nuestra prácti-

(1) Por ejemplo, en Voet y Westphal, citados por Widerhold, l. c., p. 28.,

(2) V. Lauterbach, *Coll. theor. pract.* 43-17, § 8, y los autores que él cita: *Putant quidem non, nulli, quod necessario ad turbationem facta requirantur: verum quod etiam verba sufficient, probat.* L. 3, § 2, *uti poss. (?), quod fit diffamando jus in alterius re sibi asserendo.*

ca moderna no debería vacilar en adherirse á esta opinión (1).

La posibilidad de esta función puramente prejudicial de los interdictos posesorios, es la conclusión inevitable de las ideas que hemos desenvuelto hasta aquí.

Si la protección de la posesión tiende á facilitar, á completar y á perfeccionar la protección de la propiedad, debe admitírsela para ser consecuente, no sólo allí donde la posesión ha sido violada, sino también allí donde es controvertida entre partes, al igual que se hacía en el derecho antiguo con respecto á la propiedad, mientras la *reivindicatio* era un *judicium duplex*. Para motivar su *reivindicatio*, el demandante no debía en ese tiempo suponer que su propiedad había sido *lesionada* por la detención de la cosa de parte del defensor, sino que le bastaba decir que se hallaban en desacuerdo sobre la propiedad y que pedían al Juez zanjar sus diferencias. Esto no siguió en vigor para la reivindicación, en el derecho nuevo, luego que llegó á ser un *judicium simplex*, y que supuso la posesión en la persona del defensor; pero se aplicó siempre á los interdictos *uti possidetis* y *utrubi*, que han conservado sin modificación su caracter de *judicia duplicia*. Nuestros Jueces no pueden, pues, rechazar una demanda formulada en ese sentido, como el Pretor no podía en su tiempo rechazar la demanda correspondiente con respecto á la cuestión de propiedad. En esta demanda la cuestión de posesión aparecía pura y sin mezcla, libre de todo elemento de violencia: la posesión tal como yo la presento, como una posición que tiene su interés patrimonial, la cual no basta defender cuando es lesionada, sino que conviene también asegurar cuando se le disputa; en una palabra, como una relación el derecho sobre una cosa. Apenas si hace falta decir de qué suerte esta idea es potentemente sostenida y confirmada, por la circunstancia de que los jurisconsultos romanos

---

(1) El Tribunal superior de Oldemburgo lo ha hecho: V. Seuffert, *Archivos*, VII, núm. 41; lo mismo el Tribunal de apelación superior de Munich, ib., XVII, 45.

reconocían que la posesión puede ser el objeto de las *condiciones* y de la *restitución in integrum* (1).

---

(1) L. 2, *de cond. trit.* (13-3). *Sed et ei, qui vi aliquem de fundo dejecit, posse fundum condici... Sed ita, si dominus sit, qui dejectus condicat; ceterum si non sit,* POSSESSIONEM *condicere celsus act.* L. 25, § 1, *de furt.* (47-2). L. 15, § 1, de cond. ind. (12.6). *Quemadmodum si falso existimans possessionem me tibi debere alicujus rei tradidissem condicerem.* L. 9, § 2, L. 21, § 2, *quod. met.* (4-2). *Qui possessionem non sui fundi tradidit, non quanti fundus, sed* QUANTE POSSESSIO *est, ejus quadruplum... consequetur.* No se puede expresar con más claridad que en este último pasaje el valor patrimonial independiente de la posesión, sobre la *restitutio in integrum.* V. L. 23, § 3, *ex quib. e. maj.* (4-6).—A Bruns corresponde el mérito de haber llamado la atención sobre ese punto, durante mucho tiempo olvidado. (L. c., p. 27.)

VIII

2. Los interdictos «recuperandæ possessionis».

Es casi innecesario recordar que los interdictos recuperatorios no deben ser objeto de nuestro examen más que en tanto que así lo exija el fin de esta disertación, es decir, únicamente mirando á la cuestión de saber si están también en armonía con la idea fundamental de la posesión tal como la presentamos.

Según la teoría reinante, el derecho romano limita á tres casos la protección recuperatoria de la posesión: á la posesión *substraída*, *vi* ó *clam*, ó *acordada precario*; para el primero y tercer caso, además de los *interd. retin. poss.*, que eran también aplicables, aunque con una restricción en cuanto al tiempo (*annus utilis* y *major pars anni*), había interdictos especiales exentos de esta restricción, á saber: el interdicto *unde vi*, y de *precario*, en tanto que la existencia de un interdicto especial, *de clandestina possesione,* es problemático para el derecho anterior (1).

(1) Toda la *organización legal* de los interdictos ha sufrido una profunda transformación en nuestro derecho actual. Se simplificó de un modo grande, no sólo la nomenclatura, sino las diferencias y trámites procesales, sobre todo en la vigente ley de Enjuiciamiento civil. Todos los interdictos que protegen la posesión en sí y á que alude como defensa de la misma el Código civil, se reducen á *dos* principales: de *adquirir* (respecto de las cuales discute Ihering en el VII), y de *retener* y *recobrar* (fuera por ahora los de *obra nueva* y

Una de las proposiciones más fuertemente sentadas de la teoría posesoria, es la de que el interdicto *de precario* es un interdicto *recuperandæ possessionis;* yo mismo he participado de esta opinión en la primera edición de esta obra. Desde entonces he llegado á formar sobre ese punto una convicción contraria. A partir de la primera edición he demostrado, y más arriba he sostenido, que no se puede encontrar en el interdicto *de precario* la lesión penable de la posesión de otro, sobre la que Savigny ha edificado toda su teoría de la protección posesoria. Pero los puntos siguientes habían pasado para mí inadvertidos en esa época.

1. En nuestras fuentes el *int. de precario* no se le designa jamás como int. *recup. poss.*

Ningún jurisconsulto romano ha dado ese nombre al int. *de precario*, ninguno se ha servido de la palabra *recuperar* á pro-

---

obra ruinosa). Claro es que esta simplificación entraña luego la complicación natural de las cuestiones prácticas que pueden motivar los interdictos en virtud de las diferentes causas por las que en la vida se disputa la posesión. El texto mismo de la ley deja ver esta complejidad real de las cuestiones que la posesión suscita. He aquí cómo define el interdicto de *retener* y *recobrar* el art. 1651: «El interdicto de retener ó recobrar procederá cuando el que se *halla en posesión* ó *en la tenencia* de la cosa, *haya sido* perturbado en ella por actos que manifiestan la intención de inquietarle ó despojarle, ó cuando *haya sido despojado* de dicha posesión ó tenencia». El art. 1652 dice, que «por el demandante se ofrecerá información para acreditar: 1.°, hallarse el reclamante ó su causante en la posesión ó en la tenencia de la cosa; 2.°, que ha sido inquietado *ó* perturbado en ella, *ó* tiene fundados motivos para creer que lo será; *ó* que ha sido despojado de dicha posesión ó tenencia, expresando con toda claridad y precisión los actos exteriores en que consistan la perturbación ó el conato de perpetrarla ó el despojo, y manifestando si lo ejecutó la persona contra quien se dirige la acción, ú otra por orden de ésta.»

El carácter principal del interdicto aquí, lo fija la ley en el art. 1652, al decir que «la sentencia contendrá (siempre) la fórmula de *sin perjuicio de tercero*, y se reservará á las partes el derecho que puedan tener sobre la propiedad ó sobre la posesión definitiva, el que podrán utilizar en el juicio correspondiente».—*(N. del T.)*

pósito de este interdicto (1); ni en las Institutas (§ 6, I *de int.* 4, 15), ni en las Pandectas (L. 2, § 3, *de int.*, 43, 1), ni en Gayo, (IV, 154), ni en Teófilo (IV, 15, § 6), se le encuentra junto al interdicto *unde vi*, como segundo int. *recep. poss.*, en el edicto del Pretor, como en las Pandectas, se halla separado por una porción de interdictos, del interdicto *unde vi*, al cual debiera seguir como segundo interdicto recuperatorio (2).

¿Es todo ello en virtud de un azar? El segundo punto va á responder á la cuestión.

2. El int. *de precario* no tiene en los puntos más esenciales el carácter de los remedios posesorios.

a) No supone de un modo necesario la posesión en manos del cedente. L. 18. *Unusquisque potest rem suam, quamvis* NON POSSIDEAT, *precario dare si, qui possideat.*

El heredero ruega al legatario que pide la entrega de la cosa legada que se le deje algún tiempo todavía; el tercer poseedor de mi cosa, á quien yo he dado la prueba de mi derecho de propiedad, lo reconoce, y obtiene de mí una prórroga de la entrega. Apoyándome en ese texto, puedo, por medio del int. *de precario*, obtener la entrega forzosa; y sin embargo, ¡yo no he tenido jamás la posesión de la cosa! ¿Se dirá que yo he obtenido la posesión mediante el *constitum possessorium?* Pero el *const. poss.* supone la *ditentio* en el representante. El *precario* puede también, es verdad, tener por fin una simple *ditentio (ut in possessionen esset)*; pero si eso no ha sido expresamente convenido, el tenedor en precario tiene la posesión jurídica, y desde este momento el cedente no puede tener la posesión al mismo tiempo que él. Si se admite en este caso que la posesión pasa al propietario por la cesión del precario, entonces la conserva-

---

(1) Si la expresión *restituir* que se encuentra pudiese bastar, habría una porción de interdictos más que debieran recibir el mismo nombre.

(2) El int. *unde vi* es tratado en el tít. 16 del lib. 43 de las Pandectas, el *de precario* en el 26.

rá siempre, mientras no sobrevenga una nueva *causa* que la haga volver al tenedor, ó en otros términos, en ese caso la posesión, ó bien pasa por el precario al cedente, y entonces la conserva siempre y el tenedor no tiene ninguna posesión, ó bien el tenedor en precario guarda la posesión con mutación de causa, y entonces el cedente no puede adquirirla, ni aun momentáneamente. En suma, el interdicto *de precario* no es un interdicto recuperatorio, porque si bien es cierto que por lo común la posesión pasa del *cedente* al tenedor, no es ésta una condición del precario.

b) Se puede oponer al *int. de precario* la excepción de la propiedad.

L. 4, § 3, *ibid. Item si rem meam precario rogavero, rogavi quidem precario, sed non* HABEO *precario, idcirco quia receptum est rei suæ precarium non esse.*

La fórmula del interdicto es *habere precario.*

L. 2, *pr.*, *ibid. Quod ab illo precario* HABES.

Si el defensor llegaba á combatir este *habere precario por la prueba de su propiedad*, el demandante debía ser rechazado. Es verdad que la jurisprudencia romana, más reciente (1), acogió la proposición que el propietario mismo puede tomar su propia cosa en precario del poseedor actual *(precarium* POSSESSIONIS por oposición á *precarium* PROPRIETATIS. L. 4, § 3, cit.); pero abstracción hecha de ese caso (cuando se ha estipulado un simple precario, ó como dicen las fuentes, cuando el precario está basado sobre la propiedad), si el tenedor en precario ha descubierto en el intervalo que él mismo es el propietario, tiene contra el interdicto la excepción de la propiedad.

¡Cómo conciliar esta excepción con la naturaleza de un interdicto posesorio! Porque la esencia de *todos* los interdictos

---

(1) El origen reciente de esta proposición resalta de la manera como Ulpiano la motiva en la L. 6, § 4, *mihi verius videtur... et est hœc sententia etiam utilissima.*

posesorios es precisamente que la cuestión de derecho se excluya de él en principio...

c) Aquél que se hace prometer la restitución del precario (por estipulación) pierde el interdicto *de precario.*

L. 15, § 3, ibid. *Cum quis de re sibi restituenda cautum habet, precarium ei interdictum non competit;*

mientras que un remedio posesorio y una acción personal de restitución pueden muy bien existir juntas. El arrendador expulsado por su arrendatario, puede, si quiere, obligarle á la devolución del fundo por medio del *actio locati*; pero ningún jurisconsulto romano ha visto en eso un motivo para concederle también el int. *unde vi* (1).

¿Qué queda aún del carácter posesorio en el interdicto *de precario*, si no se le encuentra en ninguno de los puntos esenciales? Nada, á no ser la circunstancia de que tiende á la restitución de la posesión. Pero si esta circunstancia bastase, la reivindicación y la *actio emti* deberían ser también acciones posesorias. Resulta, pues, de esto, que Savigny (antes nadie, que yo sepa, lo ha hecho) ha colocado el interdicto *de precario* entre los interdictos *recup. poss.*, con tan poco fundamento como ha colocado entre los *adip. poss.* aquellos de que hemos hablado más arriba (2)

Eliminado así el int. *de precario*, podemos en adelante limitarnos á los dos casos que restan: á la sustracción violenta y clandestina de la posesión. Es sabido que el último caso no tiene en el derecho nuevo una importancia tan grande. La posesión de las cosas inmuebles en el derecho moderno (3) no

---

(1) L. 12, *de vi* (43-16). Yo declaro que no puedo comprender por qué la circunstancia de que el precario «no es en modo alguno considerado en derecho como una convención», deberá tener por consecuencia que «el int. desaparezca desde el momento en que otra acción se encuentra abierta» (Sad., p. 460). Lo mismo debería ocurrir con el int. *unde vi.*

(2) No hemos de investigar aquí cómo debe realmente concebirse el int. *de precario.*

(3) Es la doctrina de nuestro Código. Según el art. 444, «los actos mera-

se pierde clandestinamente, es decir, sin saberlo el poseedor. Esta pérdida no tiene lugar sino cuando éste adquiere conocimiento de la ocupación por otro. Si entonces el ocupante no cede voluntariamente, se puede intentar contra él, como luego demostraremos, el int. *unde vi*; en otros términos, el derecho moderno ve en esta aprensión arbitraria de la posesión, cuando no ha quedado reducido á simple tentativa, una *dejectio violenta*. La posesión de las cosas muebles se pierde clandestinamente, pero por lo general tal aprehensión cae bajo la noción del *furtum* ó de la defensa privada, y los remedios jurídicos que de ella nacen bastarán. Por otra parte, no se puede invocar, en la duda, la posibilidad de obtener la restitución de esas cosas por medio del int. *utrubi*. Por lo demás, sea como sea, en la crítica del sistema romano sobre los medios recuperatorios de protección (int. *unde vi* y *rec. poss.* en su función recuperatoria) deberemos tomar por base los dos modos de pérdida: *vi* y *clam*.

El punto de vista desde el cual considero ese sistema de protección, prosiguiendo el desenvolvimiento de la idea fundamental de esta disertación, difiere del de la doctrina dominante. En efecto, en tanto que en esta última se está el hecho de que el sistema se limita á los dos casos: *vi* y *clam*, como á un punto colocado desde luego al abrigo de toda controversia, yo prefiero preguntarme: ¿De dónde proviene esta limitación; cómo puede justificarse que responde á las necesidades de la vida? Es en verdad muy fácil no preocuparse con nada de eso, pero en mi sentir, es eso una consecuencia del error en que vive la doctrina dominante sobre el alcance é importancia de la protección posesoria.

Si la protección posesoria, como creo haber suficientemente demostrado antes, encuentra su motivo legislativo, no en el delito del *dejiciens*, sino en el interés del poseedor, será lógico

mente tolerados y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa ó con violencia, no afectan á la posesión.»—(*N. del T.*)

admitir que se extiende tan allá como este mismo interés. Ahora bien: este último no se limita de ninguna manera á la necesidad de ser garantido contra la sustracción *clandestina* ó *violenta* de la posesión, sino que reclama protección contra *toda especie* de sustracción, sin distinguir si implica ó no delito. No puede haber cuestión respecto del delito, cuando uno posee *bona fide* como propia una cosa de otro, que está confundida con las suyas: cuando el comprador de un fundo rural por error cultiva como suya una parcela perteneciente á las posesiones de su vecino, ó cuando compra un pedazo de terreno á aquél que supone propietario, pero que no es en realidad más que el colono de otro. En todos estos casos, si la protección recuperatoria de la posesión está ligada á la suposición de la sustracción, *vi aut clam*, el poseedor precedente deberá acudir al petitorio, lo que en muchos casos equivaldría á la pérdida de la cosa, teniendo en cuenta la dificultad de probar la propiedad. Por mi parte no veo ahí más que un rigor injustificable, y por esto me pregunto si este rigor no se escapó al derecho romano, y cuál puede en tal supuesto ser el motivo. No olvidemos, en cuanto al primer miembro de la cuestión, que hasta Justiniano esta laguna no existía para las cosas *muebles*. El *int. utrubi*, por medio del cual las cosas muebles podían ser reclamadas aun contra terceros, no suponía nna aprehensión penable de la posesión, y al abolirlo alteró Justiniano esencialmente el antiguo Derecho, al menos así me parece á mí. A todo más hubiera podido negarlo contra el tercer poseedor, pero conservándolo contra aquel que es la causa inmediata de la pérdida de la posesión. Los interdictos recuperatorios en cambio quedaban, como es sabido, reducidos á los dos casos principales de la sustracción injusta de la posesión, *vi aut clam*. Esto puedo explicarlo, pero no justificarlo. Nadie ignora que las nociones jurídicas tienen á menudo, en su primera aparición en la historia, un aspecto limitado, que en circunstancias dadas está lejos de corresponder á su verdadero destino y á su verdadero fin; aspecto de que no llegan á despojarse

sino después de un amplio desenvolvimiento (1). Producto de necesidades y de experiencias, no de ideas jurídicas abstractas, esas nociones no traspasan generalmente los móviles prácticos á los cuales deben su existencia y se contentan con un estado de hecho que reproduce en sustancia la relación bajo una forma accesible, tangible, pero la mayoría de las veces estrecha en demasía. Citaré, entre una porción de ejemplos, la noción del *dammum injuria datum*. Su forma abstracta, tal como la encontramos en la jurisprudencia posterior, era demasiado elevada para la *Lex Aquilia*, que la formulaba muy concretamente por: *quod usserit, fregerit, vuperit*. El Pretor procedía de la misma manera con respecto á los interdictos posesorios, cuando aplicaba concretamente á los dos casos principales, *vi aut clam*, la noción de la sustracción injusta de la posesión. Esta fórmula podía bastar para la mayor parte de las cosas, porque los jurisconsultos procuraban, mediante una inteligente interpretación, darle la extensión necesaria (2). Pero encontraban, sin embargo, un límite, pues no podían comprender bajo la noción de la *vis* los tres casos más arriba citados sin transformarla por entero.

Mas lo que no podían los jurisconsultos lo podía la legislación, y en mi concepto, la legislación posterior ha colmado, en efecto, este vacío. Tal opinión, antes muy extendida, contradicha sólo de una manera esporádica y que podía invocar hasta la autoridad de un Cujas (3), ha debido en el presente siglo retirarse más y más ante la contradicción de que fué objeto por parte de Savigny. Pero esta contradicción no ha logrado en manera alguna convencerme, antes por el contrario, apenas si

(1). V. mi *Espíritu del Derecho romano*, II, Lect. 2, pág. 360 (2 edic., página 321).

(2) Especialmente por la interpretación de la noción de la *vis*, que no limitaban, como Savigny (pág. 429), á «la violencia que afecta directamente á la persona». V., por ejemplo, L. 1, § 24, 29. L. 3, § 7, 8. L. 18, *de vi* (43, 16), etc.

(3) V. Savigny, pág. 466.

puedo comprender cómo hay quien la sostenga, cuando se examinan sin prevenciones los pasajes que al asunto se refieren en los Códigos de Teodosio y de Justiniano. Es verdad que si se admite con Savigny, como base de toda la teoría posesoria, la opinión preconcebida de que los interdictos posesorios deben ser acciones *delicti*, y que todo el interés jurídico de la posesión consiste en que pueda ser objeto de delito, entonces es natural que para salvar el principio erróneo se intente lo posible y hasta lo imposible.

Cujas, que el mismo Savigny cita como el defensor principal de esta opinión, ha reunido de una manera breve y sucinta los motivos que se puedan pedir á las fuentes (1), salvo uno ó dos pasajes de que ha prescindido, y los cuales es menos necesario recordar para salvar la omisión, que para defenderlos contra las objeciones de Savigny.

Savigny concede una gran importancia á la circunstancia de que Justiniano no tiene en cuenta, ni en las Institutas, en las que aun consagra al int. *unde vi* unas seis líneas (§ 6, 1, *de int.*, 4, 15), ni en las Pandectas, la supuesta extensión de la protección posesoria en el derecho nuevo; ¡pero cuántas cosas nuevas no hay en el Código, y de las que no se hace mención alguna en esas recopilaciones! Por otra parte, no se trataba en la innovación de que hablamos de abolir el int. *unde vi*, como podría creerse al oir á Savigny, sino de extenderle á casos especialmente determinados. Notemos además que Justiniano no hace mención alguna en las Institutas de la innovación radical que, según la opinión de Savigny (v. más adelante), debió introducir en la L. 11, Cód. *unde vi* (8, 11), y por la cual habría abolido un principio fundamental de la teoría posesoria antigua; la condición de existencia actual de la posesión requerida por el int. *unde vi*. Justiniano no hace mención alguna de ella en las Institutas, y ni siquiera ha procura-

(1) § ult. I. *de interd.* (4, 15).

do concordar con tal innovación las expresiones empleadas por los jurisconsultos de las Pandectas!

Los textos que conciernen á la innovación de que se trata pertenecen todos, con excepción de uno solo, al título del Código *de acquirenda vel amittenda possessione*, y á los títulos *unde vi* de los *Códigos de Teodosio* (IV, 22) y de Justiniano (VIII, 4). Cuando esos textos ordenan la restitución de la posesión en ciertos casos de pérdida no violenta, no se puede considerar como el remedio aplicable, en el sentido de los redactores de las Coleciones, la *reivindicatio*, como quiere hacer creer Savigny (v. más adelante) á propósito de la L. 4, *Cod. h. t.*, que tanto le estorba, sino sólo un remedio posesorio, es decir, un remedio que suponga no más que la prueba de la posesión y la sustracción alegada, bien en el mismo int. *unde vi*, bien en cualquier otro análogo: la distinción es una mera cuestión de forma de poca importancia. Conocida es la influencia que ha ejercido la desaparición del *ordo judiciorum privatorum* sobre la noción de los interdictos (1). La debilitación y obliteración de la antigua noción de los interdictos, que ya se puede notar en los términos empleados por las Constituciones de fines del siglo tercero y de principios del cuarto (2), facilitaban la extensión de la esfera de aplicación del int. *unde vi*, de la misma manera que la aparición de las acciones *in factum* facilitaba la de la *actio legis Aquiliæ*. Hasta un nuevo nombre surge, el de *interdictum momentariæ possessionis* (L. 8, Cód., *unde vi*, L. 8, Cód. Teod. *de jurisd.*, 2, 1), de *actio momenti* (L. 6, Cód. Teod. ibid.) ó de *momentaneæ possessionis actio* (L. 3, Cód. *qui legis*,

(1) V., p. ej., la L. 3, Cód. de int. (8, 1): *Interdicta autem licet in extraordinariis proprie locum non habent,* TAMEN AD *exemplum eorum res agitur*. L. 2, Cód. *unde vi* (8, 4), *restituendos esse interdicte* EXEMPLO. L. 4, ib. AD INSTAR *interdicte unde vi convenin potes*. L. 1, Cód., *si per vim* (8, 5) ACTIONEM *recuperandæ possessionis*.

(2) V. una cualidad de otros pasajes que contienen expresiones análogas en J. Gothofredo, en el comentario al título citado del Cód. Teod., 6, 1, página 449.

pers. 3, 6); al expulsado en la *facultas ad repetendum* MOMENTUM (la 4, Cód. Teod.) el juez debe restituirle su *momentaria possessio* (L. 1, C. Teod.) (1). En una época en que la lengua está corrompida, como ocurría en los últimos años del Imperio, la aparición de expresiones nuevas no es en verdad un indicio cierto de la formación de nuevas nociones correspondientes; pero no puede aplicarse esto, sin embargo, al caso presente. En mi opinión, se puede demostrar hasta la evidencia que en esta *actio momentariæ possessiones* no es preciso ver el int. *unde vi*, en el sentido de los jurisconsultos romanos. Hay dos particularidades esenciales que caracterizan esta acción y la distinguen del interdicto *unde vi* del antiguo derecho (2); la *primera*, de que Savigny no hace mención en parte alguna de su libro, ha sido introducida por el edicto de Constantino, V. L. 1, Cód. Teod. h. t. (L. 1, Cód. Just. *si per vim* 8, 5), y resumida brevemente en el edicto de Teodosio y Honorio de la L. 3 Cód. *qui legit* (3, 6): *Momentaneæ possessionis actio exerceri potest* PER QUAMCUNQUE PERSONAM. La segunda innovación es la extensión de la noción de la aprehensión injusta de la posesión más allá de la *vis*, extensión en qne no nos ocupamos aquí. Está demostrada de la manera más incontestable por una multitud de testimonios. No sólo se reconoció al lado de la *vis* la posibilidad de otra perturbación de la posesión,

Epígrafe del libro 8, 5, Cód.: *Si* PER VIM VEL ALIO MODO *ab-*

---

(1). Jac. Gothofredo, l. c., no cita menos de doce. La cuestión de saber si es ó no es preciso notar como tercer particularidad la rapidez del procedimiento, puesta de relieve en muchos textos (p. ej., Cód. Teod., L. 5, de *denunt.* L. 4: *jures suffriagium, quod in celeri afirmationem consistit.*, L. 4 *unde vi* 4, 22; *celeri redhibitionem;* L. 1, utribi, 4, 23; *celeri reformatione*, L. 3, *ad beg.*, *Jul. de vi*, 9, 10, *Amissæ possessionis jura reparentur eademque protinus restituta*. Cód. Just., L. 6, *unde vi*, 8, 4, *illico reddatur*, L. 14, *de agric.* II, 47, etc.), depende de la conocida controversia sobre la naturaleza sumaria de los interdictos en el derecho clásico.

(2) Este pasaje forma la proposición final de la L. 1 Cód. Teod. *fin. sig.* (20, 26).

sentis perturbata sit possessio; L. un. Cod. ubi de poss. (3, 6); *ubi* VIS *facta dicitur* AUT *momentaria possessio postulanda est;* no sólo la importancia de esta distinción está claramente indicada para las materias criminales,

> L. 5, *Cod. h. t. Invasor* locorum PŒNE *teneatur legitima, si tamen vi loca eadem invassisse constiteri. Nam si* PER ERROREM *aut* INCURIAM DOMINI *loca ab aliis possessio sunt:* SINE PŒNA *possessio restituit debet.*
>
> L. 8, ibid. *Momentariæ possessionis interdictum, quod* NON SEMPER *ad vim publicam pertinet, vel privatam, mox audiri, interdum etiam sine inscriptione meretur* (1);

sino que también se encuentra la óbligación de restituir la posesión obtenida injustamente reconocida en una porción de casos colocados bajo sus títulos respectivos, y que no pueden en modo alguno ser considerados desde el punto de vista de la violencia.

Antes de relacionar esos casos, debo rebatir las objeciones con las cuales Savigny ha intentado debilitar la fuerza probatoria de los cuatro textos que preceden. Por de pronto, cree poder eliminar el primero de la manera siguiente: La L. 2 del título, la única á la cual pueden relacionarse las palabras *vel alieno modo*, dispone que en el caso de una contienda judicial, cuando una de las partes está ausente, el estado de la posesión no podrá ser modificado, ni por un rescripto del Emperador, ni por un decreto del Juez. Es evidente, según Savigny, que esta disposición no concierne más que al procedimiento, y que los compiladores se han equivocado al insertarla ahí, pues no era su lugar ese. He ahí precisamente lo que yo debo discutir. Una disposición que toca lo mismo al procedimiento que á la posesión, puede ser aplicada á las dos materias, como

---

(1) De la palabra *non semper* de este último pasaje, resulta que el interdicto ó la acción *momentariæ possessiones*, abraza también la casos del int. *unde vi*.

así ha sucedido, por parte de los compiladores de Justiniano, para la primera particularidad mencionada más arriba, de la *actio momentaneæ possessionis*. El texto citado ha sido tomado de la L. 5, Cód. Teod. *unde vi* (4, 22), y de esto resulta que los mismos compiladores del Cód. Teod. consideraban la relación de esta disposición con la posesión como una de las más importantes; lo que se comprende fácilmente después de lo que acabamos de exponer. No es inconsideradamente como los redactores del Cód. Just. han seguido este ejemplo; muy lejos de ello, la clasificación sistemática de ese texto ha sido objeto de atención detenida, según resulta por modo evidente, teniendo en cuenta que no lo han dejado bajo el título *unde vi* (8, 4), sino que lo han transportado bajo el título nuevo creado por ellos (1). En sentir de los compiladores del Cód. Teod., el caso á que el texto se refiere corresponde indudablemente á la esfera amplificada del int. *unde vi*. Los compiladores de Justiniano, que tenían ese hecho ante su vista, no podían señalar con más claridad la dilatación de la esfera de aplicación de este interdicto, sino insertando el título que á él se refiere, y en el cual relacionan dos innovaciones de principios con respecto al derecho antiguo, entre el título *unde vi* (8, 4), y el título *uti possidetis* (8, 6).

Savigny no examina el segundo de los textos citados más arriba, y que yo sepa, no ha sido hasta aquí invocado por ningún autor. En cuanto al tercero, promueve inmediatamente la objeción de una falta de clasificación sistemática; objeción que, dicho sea de paso, es para Savigny un arma de doble filo, porque el único argumento sobre el cual apoya su conocida opinión, de que el int. *unde vi* debió ser ampliado en el derecho nuevo hasta las cosas muebles, es... la clasificación de la L. 7, Cód. 4 t. (sobre las penas de la defensa privada en la substracción de la posesión) bajo el título *unde*

---

(1) Los compiladores de las Basílicas lo colocan igualmente en la posesión, lib. 5.°, tit. 23, L. 52.

vi. Cométese, en verdad, una extraña contradicción al declarar en un caso la inserción del texto, bajo un determinado título, un hecho sin importancia, y dar á esa misma inserción en otro una importancia fecunda en consecuencias—y además atribuir á los compiladores primero una indiferencia completa en este punto, y en el otro un examen de los más atentos, y una concisión tan extrema que merecería más bien censuras que alabanzas. Savigny ve un apoyo de la objeción que dirige al texto en las palabras: *per errorem vel incuriam* DOMINI (en lugar de *possessoris)*, que prueban suficientemente que es la *reivindicatio* á lo que tal pasaje alude. Es difícil comprender cómo ese Savigny ha podido servirse de una objeción tan insignificante, de que él mismo prescinde en otras ocasiones (1), y que no merece otra refutación, en lo que le concierne, que una simple referencia á los numerosos pasajes en los cuales el *dominus* intenta los interdictos posesorios.

El cuarto pasaje, por fin, querría decir que hay casos donde se podría invocar el antiguo int. *unde vi*; pero en los que no puede haber la *acusatio ex lege Julia.* Savigny no lo ha probado, porque es una alegación puramente gratuita el decir que no hay *crimen vis* en el ejemplo que él cree poder invocar, si durante la ausencia del poseedor su inmueble es ocupado sin violencia y á su regreso no intenta volver á la posesión. No sólo este aserto no encuentra apoyo alguno en la teoría de los autores de los Pandectas (2), sino que pone á Justiniano en contradicción consigo mismo en el mismo título, porque dispone ex-

---

(1) Podrá, en efecto, referir con tanta más razón, á la *reivindicatio,* los términos de la L. 12, Cód. de poss. 17, 32: *nihil penitus domino præjudicii generetur;* pero aquí (372) no siento el menor escrúpulo de extenderlos á la continuación de la *posesión.*

(2) Comparar, p. ej., los pasajes siguientes del tít. *ad. Leg. Jul. de vi privata* (48, 7), que se ocupan tan sólo de la aprehensión *de hecho* de las cosas de otro sin mencionar la violencia contra el poseedor: L. 3, § 2, *per injuriam* EX BONIS *ablatum* quid. L. 7, *si in rem debitoris intraverint nulo id concedente* L. 8, *sine auctoritate judicis res debitoris occupet.*

presamente en la L. 11, ib. que un ocupante tal debe también ser tratado como *prædo*.

Tratemos ahora de enumerar los casos particulares en los cuales el derecho nuevo ha admitido el interdicto ó la acción *momentariæ possessionis*. Son los siguientes:

1. *El caso* DE ERROR. Según la L. 5, Cod. h. t. citada más arriba, se podía preguntar si la expresión *per errorem* debe ser aplicada sólo al error del poseedor precedente, ó también al del ocupante: todo depende de la cuestión de saber si el *domini* se refiere á *per errorem* ó sólo á *incuriam*. Según la L. 11, ibid., no se puede poner en duda que la obligación de restituir existe también en el caso de error del ocupante, porque Justiniano rechaza expresamente aquí el pretexto que se utilizaba de buen grado, á lo que parece, en la ocupación de los inmuebles de un ausente, á saber, que se había considerado equivocadamente como suyo el fundo del adversario *(ridiculum etenim est dicere vel audire, quod per ignorantiam alienam rem quasi propriam occupaverit, omnes autem scire debent, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere)*. El interés práctico de ese caso está manifiesto. En la mutación de la propiedad de los fundos rurales por sucesión ó venta puede ocurrir que el nuevo propietario no tenga un conocimiento exacto de la extensión de sus bienes, y tome por error demasiado poco ó demasiado mucho en su posesión. Si en el primer caso, su vecino se aprovecha de este error para apropiarse el resto, ó si en el segundo caso no lo advierte, la diferencia de este error ocasiona un cambio en las relaciones de posesión, el cual no podía remediarse según el derecho antiguo por los recursos posesorios, y sí por la *reivindicatio* (1). La necesidad de un remedio era aquí indiscutible, porque es, en mi sentir, un rigor injustificable exigir del propietario la prueba de su propiedad frente á un adversa-

(1 L. 37, § 1, *D. de usurp.* (41, 3). *Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quæ vel ex negligentia domini vacet vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore abfuerit.* La *negligentia domini* en ese pasaje corresponde á la *incurie domini* del pasaje citado más arriba.

rio que según él puede demostrar le ha sustraído la posesión sin fundamento alguno jurídico. Sólo los que desconocen el verdadero fin de la protección posesoria y ponen por encima de los intereses prácticos de la vida diaria una noción escolástica soberanamente estrecha, que ellos mismos han fabricado, pueden criticar la extensión á ese caso de la noción de la *injusta possessio* realizada por el derecho nuevo. ¿Qué importa para el interés del poseedor, y el interés deberá ser el único punto decisivo en toda esta materia, que el adversario le haya arrebatado la posesión por violencia ó de cualquier otro modo? Basta que eso sea de hecho *injusto*, contra su voluntad, y que la posesión sea reconocida en principio como una relación que merece y reclama protección. ¡Qué de veces, por lo demás, no será dudoso si el acto del tercero debe ser calificado aprehensión de la posesión ó simple tentativa de aprehensión! Supongamos, en el caso citado, que el propietario que se encuentra presente cerca de sus bienes (y al cual no se puede, por tanto, aplicar los principios concernientes á la pérdida de la posesión de los fundos de personas ausentes), sabe, pero ya en la primavera, que su vecino ha cultivado y cerrado una parcela alejada de sus fundos en el otoño anterior. Su posesión, en este caso, ¿está perturbada simplemente ó ha sido arrebatada? Si el juez se decide por la primera alternativa, el posesorio, es decir, la prueba de su *posesión* basta para el demandante; si el juez se decide por la segunda alternativa, el demandante debe acudir al petitorio, esto es, probar su *propiedad*. ¿Cuál será la consecuencia de tal principio? Todo juez de tacto y práctica se declararía á toda costa á favor de la continuación de la posesión.

2. *Infidelidad del representante*. Cuando el tenedor *alieno domine* abandonaba á un tercero la posesión del fundo, el propietario no tenía, según el derecho antiguo, protección alguna posesoria contra ese tercero, viéndose reducido á los medios petitorios. Esto constituía un gran daño para el propietario, pues dependía muchas veces del colono hacerle perder su cosa, porque es sabido que la prueba de la propiedad, cosa tan fácil

en pluma del teórico, lo es menos en la realidad que sobre el papel. ¿Merece el derecho nuevo una censura por haber colmado este vacío? Ya se hiciera esto por la L. 6, § 1, Cod. h. t. (L. 2, Cod. Teod. h. t.) de Graciano y Valentiniano (382), de la que aun no hemos hecho caso hasta aquí, para el caso especial en que los tutores hubieran por connivencia entre sí cedido al adversario la posesión de su pupilo. Este no debía sufrir por esta *culpa temeritates alienæ*, «*sed illico quidem possessio ei, a quo ablata est reddatur.*» Se trata aquí de un remedio posesorío, como lo prueba la clasificación del pasaje bajo el título *unde vi* y la alusión á la celeridad del procedimiento (ILLICO *reddatur)*, que, según la última terminología, es el signo distintivo cierto de la *act. mom. poss.* (1). Diocleciano había hecho lo mismo en la L. 5, Cod. de poss. para el caso de venta por parte del colono. La expresión: DOMINII *tui jus non convelli* puede, en verdad, ser entendida para la *reivindicatio*, pero el Emperador tenía presente sin duda la protección posesoria; así resulta, no sólo del título *de acquirenda et* RETINENDA *possessione*, sino también de la proposición enunciada al principio del pasaje: *nemo causam* POSSESSIONIS *sibi mutare potest*, sin contar que la expresión resultaría una trivialidad: á saber, que el colono no puede privar al propietario de su *propiedad*. Justiniano en la L. 12, Cod. de poss. (T. 32), ampliaba esta disposición á la representación posesoria en general:

> *Ut sive servus, sive procurator, vel colonus, vel inquilinus, vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere corporaliter nactam possessionem cujuscunque rei dereliquerit vel alii prodiderit desidia forte aut dolo, ut locus apenatur alii eandem possessionem detinere: nihil penitus domino præjudicii generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat.*

El propietario no sufrirá, pues, daño alguno, es decir, se le restituirá la cosa, y no á causa de su propiedad—lo que nadie,

(1) V. los pasajes citados por J. Gothofredus, l. cit.

que yo sepa, ha sostenido todavía, aunque Savigny hubiera podido sostenerlo con tanta razón como respecto á la L. 5, Cód. *unde vi*, fundándose en la palabra *domino*—sino á causa de la posesión. Pero hay una gran divergencia de opiniones que se remonta hasta la época de los glosadores sobre la naturaleza jurídica de esa relación posesoria. ¿Qué ha de admitirse, que la posesión *continúa* ó que *ha cesado?* (1). Apenas si hace falta decir que Savigny defiende la primera opinión, porque la segunda está en contradicción abierta con su idea de la naturaleza restringida de la protección recuperatoria de la posesión. El único punto de apoyo para esta opinión es la L. 3, § 6-9 de poss. (41, 2) de Paulo, en cuanto trata de inducir que, en la opinión de este jurisconsulto, la posesión no continúa sólo en el caso que él menciona expresamente, es decir, cuando el representante se limite á alejarse, sino también en el caso en que le ha entregado á otro. Pero Africano y Papiniano enseñan lo contrario para este último caso en la L. 40, § 1, 44, § 2, ibid. (2), sin dejar siquiera la posibilidad de sostener la opinión contraria. Por otra parte, la supuesta opinión contraria de Paulo, si se ha de entender según Savigny, se expresa en términos que responden mal á una divergencia tan importante (§ 9 cit., *nam* CONSTAT *nos possidere donec*, etc.). Rudorff (en Savigny, p. 636) añade á los testimonios apuntados la cita tomada por Gelio (XI, 18, § 13) de la obra de Sabino *de furtis* sobre la condenación por robo de un colono que había vendido el fundo; de ahí: POSSESSIONE *ejus dominum* INTERVERTISSET: y yo puedo aún añadir una prueba nueva, á saber: la L. 3, § 1, Cód. *unde vi*, de que más arriba se ha tratado, que hace resultar de la entrega dolosa de la posesión por el tutor la pérdida de la posesión en la persona del pupilo *(possessio ei, a quo* ABLATA *est reddatur).*

---

(1) Savigny, p. 374.

(2) La L. 33, § 4 *di usurp.* (41, 3), parece no haber tenido en cuenta más que las cosas muebles. Ahora bien; ya se sabe que para esas cosas, la pérdida de la posesión estaba regulada de un modo diferente.

El interés práctico de esta diferencia no deja de tener su importancia para la cuestión de la protección posesoria, aun hecha abstracción de la usucapión. Las dos opiniones tienden en verdad á hacer recobrar al poseedor la posesión que le habia sido de hecho arrebatada. Pero en opinión de Savigny, el poposeedor debe en el instante mismo en que sabe el estado de las cosas, tomar sus medidas judiciales ó extrajudiciales para representar la posesión como *todavía existente;* sin eso la pierde, y por consiguiente, como no hay violencia, pierde al propio tiempo el remedio recuperatorio: la opinión opuesta, por el contrario, le deja abierto el int. *unde vi*, durante todo el término de la prescripción, permitiéndole intentarlo aun en el caso de enajenación (1), en tanto que el int. *uti possidetis* supone la posesión actual en la persona del defensor.

3. *Disposición judicial ilegal.* El principio de la invalidación de un cambio de posesión realizado por una decisión judicial ilegal, es reconocido por el Código de Justiniano en dos pasajes, en la L. 2, Cód. *si per vim* (8, 5), y en la L. 3, Cód. *qui leget* (3, 6). Según los términos del primer pasaje, un rescripto imperial ó una disposición judicial que deciden la trasmisión de la posesión no pueden ser ejecutados en ausencia del poseedor actual (2). La contravención de esta prohibición cae bajo la expresión del título: *Si (per vim) vel* ALLIO MODO *absentis* PERTURBATA *sit possessio*, por donde la consecuencia de la restitución de la cosa á causa de la simple posesión, y no de la propiedad, resulta de la posición y de la contextura del título (3). El segundo pasaje dispone que la entrega en posesión judicial obtenida por sorpresa *(sub colore adipiscendæ possessio-*

---

(1) Y aun contra aquél que no ha hecho mas que despojar al poseedor, sin apropiarse él mismo la posesión. L. 4, § 22 *de usurp.* (41, 3).

(2) V. J. Gothofredus sobre la L. 1, Cód. Teod. *unde vi* (T 1, p. 452), acerca de la necesidad de proteger á los ausentes contra esas medidas y otras semejantes, que tiendan á arrebatarles subrepticiamente la posesión.

(3) En el *Cod. Teod.* este pasaje figura como L. 5, en el título *unde vi*, y el siguiente como L. 6.

nis obreptitia petitio), sobre todo, cuando el adversario no ha sido oído, no puede causar perjuicio á este último, y la ejecución eventual de la orden de entrega puede ser invalidada por medio de la *actio momentaneæ possessionis* (1). El encadenamiento de este pasaje no parece, á primera vista, completamente claro. Pero llega á ser indudable cuando se le relaciona con la ordenanza de Constantino, mencionada ya, que contiene la L. 1, Cód. Teod. h. t. Constantino había dispuesto que si *possessio absentis*, *quam propinquus vel amicus vel servulus quolibet titulo retinebat*, *quolibet pacto ablata sit*, esos tenedores deberían ser autorizados para intentar la acción *moment. poss.*, y la L. de ibid, concedía esta facultad á todos los allegados del ausente *(servis*, *amicis*, *parentibus*, *proximis vel libertis)*, aun independientemente de la condición de la detención. Ahora bien: la L. 3 citada, por lo mismo que coloca en primer lugar esta propiedad de la acción de ser una acción popular *(momentaneæ possessionis actio exerceri potest per quamcunque personam)*, hace aplicación de ella al caso en que se trata de una entrega de posesión judicial obtenida por sorpresa, caso que los dos pasajes no excluyen, aun cuando no los mencionen expresamente (2). La acción que en ausencia del poseedor se concede al tercero, corresponde con mayor razón al poseedor mismo, importando poco que estuviese presente ó ausente en el momento de la toma de posesión por el contrario.

La L. 2, Cód. Teod. *unde vi* (4, 22) contiene también otro

(1) V. Bruns, l. c., p. 72 y 73, acerca de la cuestión ya debatida de si el int. *unde vi* es admisible también contra las ejecuciones ilegales de la autoridad. Bruns está por la afirmativa, y con razón, por analogía con L. 3, § 1 *quod met.* (4, 2).

(2) En efecto, aunque la L. cit. empleaba también los términos *dijecti* y *violentia*, las demás expresiones son completamente generales: *Cujuslibet rei possessione* PRIVATI, QUOLIBET PACTO *poss. ablata:* tal es la versión de Hänel según los mejores manuscritos; otros ponen en relación *quolibet pacto* y *peregrinatur*, como hace la L. 1, *Cod. si per vim* (8, 5). *Status, qui* PER INJURIAM SUBLATOS *est.* Lo mismo ocurre con las expresiones de la L. 4: *si perturbatus possessionis status sit vel disceptum aliquid, quæ probantur ablata.*

caso análogo de aprehensión subrepticia de la posesión, so capa de derecho: es el caso en que se ha abusado de un rescripto imperial *(neque vulgata rescripta neque adversario solenniter intimato)* ó bien alegado falsamente un juicio ya concluido á fin de intimidar al poseedor (1). Igualmente había lugar en ese caso á una acción posesoria, como lo prueba la inserción del pasaje, bajo el título *unde vi*. En la L. 6, pr. del título correspondiente del Código de Justiniano, ese pasaje quedó desconocido.

4. *Aprehensión de la posesión de un ausente*. En la L. 11, Cap. *unde vi* (8, 4), Justiniano dispone que aquellos *que* VACUAM *possessionem absentium sine judiciali sententia detinuerunt*, serán considerados como *praedones*, debiendo observarse respecto de ellos todo lo que se observaba con respecto á éstos en lo concerniente á la restitución de la posesión. Que eso alude al interdicto *unde vi*, no se discute ni aun por Savigny. Pero no existe acuerdo acerca del sentido que es preciso dar á VACUA *possesio*. Se ha de ver, como quiere Savigny (2) (p. 469), una posesión perdida por la sola ausencia del poseedor (la *possessio* de la L. 37, § 1, *de usurp*. (41, 3); *quœ ex negligentia domini vacat)*, ó bien es una posesión que dura actualmente, aun cuando no sea ejercida ni por el poseedor, ni siquiera por representante, como en el caso en que el colono ó los esclavos se han ausentado (3). Por mi parte estimo esta última opinión exacta. La opinión de Savigny atribuye á Justiniano esta monstruosidad de haber creado una protección para la posesión abandonada por el poseedor mismo, lo que no puede conciliarse en manera alguna con lo que él mismo dice del derecho anterior. Este, dice, no concedía ninguna protección al poseedor, VIOLENTIA *in ablatam possessionem minim prœcedente*. Ahora bien, en un caso en el cual faltaba la posesión misma, un ju-

---

(1) V. para lo demás Jac. Gothofredus, sobre ese pasaje, p. 454.

(2) Según Bruns, en los *Anales* de Berkher y Muther, IV, p. 65, esta opinión está «hoy fuera de duda».

(3) En ese caso, según la teoría de los jurisconsultos romanos, la posesión continuaba *provisionalmente* (V. más abajo, XIV).

risconsulto antiguo no hubiera dejado de mencionar ese motivo tan decisivo de imposibilidad de la protección posesoria, en lugar de ir á buscarlo en la *vis*, que aquí no era posible. Nos hace pensar esto en la actitud de un hombre que para defenderse de la acusación de haber matado á una persona ya muerta por otro, no alegase que esta persona estaba ya muerta, sino que el golpe que ella le había dado no podía ocasionarle la muerte. Buscar en el caso á que nos referimos el impedimento en la imposibilidad de la *vis*, es confesar ó reconocer implícitamente la existencia de la posesión. Añádase además la excusa que Justiniano pone en boca de los ocupantes: *quod per ignorantiam rem alienam quasi propriam occupaverint*, en tanto que en el supuesto de que la cosa no estuviese en la posesión de nadie, tendrían una justificación completamente distinta y perfectamente legal, con la alegación de ese hecho (1). Ambas consideraciones producen la convicción de que en la cuestión sometida á la decisión del Emperador, se trataba de una relación de posesión *existente*, y su alegación, que el derecho antiguo en ese caso no concedía protección alguna posesoria al poseedor, porque la noción de la *vis* no puede aplicarse á las cosas, merece en mi sentir adhesión plena, mientras no se señale ningún testimonio favorable á la opinión contraria. Yo no conozco ninguno (2). Entre los pasajes todos que se refieren á ese caso,

---

(1) L. 37, § 1, de *usurp.* (41, 3). *Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possesionem, quæ vel ex negligentia domini vacet, etc.* L. 4, § 28, ibid. *Item si occupaveris* VACUAM *possessionem, deinde venientem dominum prohibueris, non videberis vi posse disse.* Hay más, la L. 8, Cód. *de omni. agr. des.* (11, 58) autoriza á toda persona que lo desee á cultivar los *agros domino cessante desertos*, esto es, los fundos incultos, y por consiguiente fuera de la posesión del propietario (V. más adelante, XIII). Justiniano no podía, sin cometer la más grosera contradicción, excitar aquí á un acto contra el cual impone en otro lugar las penas más severas. No se puede además conciliar con esta opinión la L. 4, Cód. *de poss.* (7, 32), que reconoce expresamente que abstracción hecha del caso de la *metus necessitas*, el abandono prolongado de los fundos cede en *perjuicio* del poseedor, es decir, acarrea la pérdida de la posesión.

(2) El mismo Bruns, l. c., p. 70, que participa de la opinión contraria, tuvo

no hay uno en que se conceda el int. *unde vi* al poseedor despojado que se resignó á soportar la substracción después de haber tenido conocimiento de ella. Lejos de eso, para conceder este interdicto, se supone siempre que el poseedor se presente en los lugares mismos, colocándose así ante una resistencia contra él dirigida; Savigny precisamente es el que ha indicado la «violencia personal inmediata» como condición de este interdicto. El derecho antiguo no concedía ningún recurso posesorio á aquel que temiese dar ese paso, no siempre exento de peligros, ó que no podía darle por estar ausente: no quedaba entonces más que la reivindicación.

Mas no es sólo sobre el testimonio de Justiniano en lo que yo fundo esta opinión: la encuentro aun más claramente perfilada en las expresiones de que los jurisconsultos romanos se sirven, con respecto á los dos casos de pérdida de la posesión, en los pasajes citados en una nota anterior. En la L. 3, § 8, cit., el jurisconsulto habla del caso en que el poseedor no se mostrara, por miedo, y dice: *amisisse eum possessionem*, en tanto que hubiera bastado dos letras para añadir *vi*. En la L. 7, ibid, se encuentra la misma expresión, y aquí sobre todo la omisión de la palabra *vi* es muy significativa, porque la 6, § 1, que tiene con este pasaje una conexión íntima, añade expresamente la palabra *vi* para el caso *si revertentem dominum non admiserit (vi magis intelligi possideri, non clam)*, y en fin, la L. 25, § 2, ibid., designa la manera con que tiene lugar en el caso aludido la pérdida de la posesión por estas palabras: ANIMO *desinamus possideri*. ¿Cómo conciliar esta expresión en el caso de una *dijectio*, en la cual se sabe que la posesión se pierde *corpori* y no *animo*? Y yo añadiría todavía: ¿cómo conciliar esta hipótesis con la teoría de Savigny? Desconociendo la relación de que aquí se trata, se ha puesto en una pendiente muy resbaladiza. Y en

---

que admitir que los pasajes que se alegan, de la L. 3, § 8; L. 7; L. 25, § 2, D. 41, no hablan «en realidad más que de la pérdida de la posesión,» y no de «la admisión del interdicto».

efecto, se ve obligado desde luego (p. 229) á contradecirse, hasta el punto de destruir por completo la definición que él mismo ha dado de la *vis* como condicion del int. *unde vi: una violencia que afecte directamente á la persona.*

Si la ocupacion arbitraria del fundo supone de una manera absoluta, preséntese ó no el poseedor, una violencia inmediatamente personal, ¿qué especie de violencia habrá que no merezca esta calificación? ¿Por qué acentuar, añadiendo *inmediata*, la dirección personal de la violencia? «Pero, dice Savigny (p. 431), importa poco que la violencia haya sido realmente ejercida ó que un temor fundado haya podido evitarla, siempre que haya sido, no por temor de un peligro *por venir*, sino de un peligro *actual é inmediato*. Del mismo modo, es indiferente que el poseedor haya sido expulsado de su casa ó que sólo se le haya impedido entrar en ella», y esto supuesto, se encuentra evidente que «cuando la casa ha sido ocupada durante la ausencia del poseedor, este último podrá, como *dejectus*, invocar el interdicto, aunque no hubiere hecho esfuerzo alguno por volver á su posesión». En verdad, si la obra en que se encuentra ese razonamiento no llevase al frente el nombre de Savigny, no podría admitir que tal cosa saliese de su pluma. De suerte, que cuando recibo aviso de que otro ha tomado posesión de una cosa—con la firme intención de defender la posesión á mano armada—no hay ahí para mí un daño *por venir*, sino un daño *actual* é *inmediato?* Si eso es verdad, vuelvo á preguntar, ¿cuál será el peligro *venidero* que no sea actual é inmediato? No hay, pues, más que *violencia personal* ó *inmediata*. Toda aprehensión violenta de la posesión, en caso de ausencia, contiene, por tanto, una violencia personal contra mí, y un peligro personal inmediato para mí. Pero, ¿cómo sabemos entonces que el ocupante tiene realmente la intención de sostener su posesión con las armas? Una familia pobre ha sentado sus reales en un pabellón, tendejón, almacén, bodega dependiente de mi jardín, ó bien, el comprador de un terreno se ha puesto á cultivar por puro error una parcela de tierra contigua que me per-

tenece, ¿cuál es el peligro que me amenaza, si yo me acerco á esos sitios para defender mi posesión?: «*facile expulsurus finibus, simulatque sciero*», como dice la L. 18, § 3, *De poss.* (41, 2). Pero supongamos que yo sea un hombre temeroso hasta el exceso y que yo tenga miedo de hacerlo, mi miedo no suple en realidad la *vis* en la persona de mi contrario. Ahora bien: ¿cómo probar yo esta *vis*, si yo no le doy la posibilidad de traducirse en hecho? ¿Cómo podré probar mi propio miedo? Y sin embargo, no es necesario, porque «si yo me abstengo por un motivo que no sea el temor de hacer valer mi posesión, la de mi contrario no es una *vitiosa possessio*, porque comienza por mi propia voluntad». Es el mismo Savigny quien tal dice en la p. 350. ¿Quién será el hombre que no renuncie por completo al interdicto *unde vi*, antes de enfrascarse en dos pruebas tan imposibles la una como la otra?: la prueba de que mi contrario llegagaría hasta una resistencia violenta si yo me presentase, y la prueba de que el motivo de mi abstención no se encontraba en mis conveniencias, sino en el miedo de ser personalmente maltratado. El interdicto en esta forma no se mueve en el mundo exterior, sino en el alma de las dos partes, y el juez que hubiera de decidir necesitaría el don de leer en los corazones y presentir los pensamientos y resoluciones futuras.

Los jurisconsultos romanos evitaban estas dificultades sencillamente, no haciendo mención del interdicto para ese caso.

Justiniano, al colmar vacío tan indudable, ahorrando al poseedor la pena y el peligro de ser expulsado personalmente, ha obrado, en mi opinión, muy bien, y cuando Puchta (Pandectas, § 135, nota), llama la vía seguida por el Emperador, la *vía de la arbitrariedad*, á causa de la falta de las dos condiciones esenciales, la violencia sufrida y la pérdida de la posesión, formula una censura que cae antes sobre él mismo que sobre el Emperador. En efecto; en cuanto á esta última condición, olvida Puchta que la posesión se pierde cuando el poseedor no ha hecho nada por conservarla (XIII), y en cuanto á la primera, su opinión se reduce en el fondo á la pretensión ingenua de que

los poseedores colocarán su piel en peligro y verterán su sangre para procurarse el interdicto, tan sólo por salvar la noción escolástica de la *vis*. En la vida se estima de muy distinto modo el valor que es preciso dar á los bienes de que aquí se trata.

Termino aquí la exposición del desenvolvimiento del int. *unde vi* en el derecho nuevo. Poco importa que se le designe como extensión por analogía de este interdicto, ó bien por la expresión conforme á las fuentes, como interdicto ó acción *momentaneæ possessionis*. El nombre no hace la cosa. Lo que yo no puedo comprender es cómo se puede ignorar ó combatir ese desenvolvimiento, y si Savigny lo hizo, y con éxito tal, que ya no hay cuestión para la mayoría de sus sucesores (1), yo no veo en ello más que una prueba sorprendente de la potencia de las opiniones preconcebidas y de la fatal influencia que puede ejercer la autoridad de un nombre célebre, aun en nuestra época, tan celosa de su espíritu crítico. Y digo influencia fatal, porque la extensión dada por el derecho nuevo, y que de tal manera se echa á un lado, es en mi opinión uno de los raros progresos de la legislación en la última crisis del Imperio. La evolución que ahí se completa, es el peso de la forma de la injusticia circunscripta á la simple *vis*, ó la idea de la injusticia pura, de la *quacumque injusta causæ amissionis*, como se dice á propósito de la *actio spolii*. La analogía entre esta acción y el remedio jurídico de que nosotros tratamos es evidente (2), y esta circunstancia precisamente, que basta para desacreditarla á los ojos de algunos autores, es la que se recomienda á la acción. En efecto: si no se considera, por virtud de un prejuicio, toda transformación de la teoría de la pose-

(1) A todo más podría citarse Sintenis, *Gem. Civilrechts (Derecho civil común)*, II, § 124, nota 48, que trata de poner en relación la *actio spolii* y la *moment. poss.*, pero sin tener una idea clara de esta última. V. Brinz, *Pandectas*, I, pág. 86.

(2) Es expresamente reconocida aun por los antiguos jurisconsultos, p. ej., Cujas, Obs. XIX, 16: *Generale interdictum restitutorium momentaneæ possessionis, quod hodie beneficium redintegrandæ possessionis vocamus.*

sión romana, en épocas posteriores, como una composición y un disfraz, resultado de ignorancias y errores, como una apostasía al único evangelio salvador de la teoría posesoria romana; y, por el contrario, se penetra uno (como yo lo estoy) de la convicción, según la cual, una forma jurídica, que no se limita á aparecer un momento para desaparecer inmediatamente, sino que se extiende por varios siglos y se mantiene enérgicamente á pesar de todas las oposiciones, debe haber nacido de una irresistible impulsión práctica, se verá una prueba luminosa de autoridad interna y de fuerza incontrastable en la circunstancia de que la idea á que nos referimos haya sabido imponerse dos veces en épocas diferentes, tan lejanas una de otra, y la segunda vez de una manera por completo independiente de la primera. ¿Cómo desconocer esta autoridad? Que se olvide por un momento el llamado interés científico, que se siente llevado con exceso á ver sus propios peligros en las nociones que hemos heredado de los juristas romanos, y que se pregunte, sin prejuicios, si se puede justificar de cualquier modo que en el caso en que la substracción de la posesión cae bajo la noción de la *vis*, la prueba de la simple posesión basta, mientras en todos los demás casos sería preciso la prueba de la propiedad. Si se reconoce que la posesión es una relación que es necesario proteger jurídicamente, ¿por qué quedarse á la mitad del camino y no concederle una protección entera? ¿Es que acaso esta semiprotección, que no se le puede menos de reconocer en el antiguo interdicto *unde vi*, era una ventaja tal del derecho romano antiguo, que era necesario mantenerla á toda costa, ó es más bien una imperfección, á la cual no se puede conceder autoridad histórica sino porque los jurisconsultos romanos, atados por la fórmula del interdicto, no estaban en situación, cuando interpretaban este último, de dar á la noción de la *vis* una extensión que la hubiera hecho desaparecer? Si la jurisprudencia romana no ha llegado más allá en la posesión de las nociones de *vi*, *clam*, *precario*, yo no veo en eso la expresión de la convicción de que esos límites sean trazados

por la misma naturaleza de la posesión, según quieren muchos autores; lo que veo únicamente es el resultado de condiciones históricas dadas, de la fijación tradicional de los interdictos posesorios en relación con los tres *vitia possessionis*. Si se reflexiona que esta *tripartición* ha crecido con el sistema entero, en sus detalles más íntimos y más pequeños, que se producen en todas las fórmulas, se comprenderá fácilmente que no se podía echarla por tierra en una época donde el sistema de procedimiento estaba todavía en pleno vigor, sin destruir á éste en todas sus partes. Este obstáculo ha desaparecido en la época imperial posterior, y si la jurisprudencia ha usado de esta libertad para retirar los límites de la protección posesoria más allá de la noción de la *vis*, este esfuerzo merece más bien la aprobación y una acogida benévola que la censura y la oposición; yo voy más lejos aún, y no vacilo en sostener que, lejos de ponerse así en contra de la idea de posesión, tal como había sido concebida y expresada por el derecho anterior, la ha librado, por el contrario, de una contradicción interna. Y en efecto, no puedo menos de ver una contradicción íntima en el hecho de que el heredero es tratado con más consideración que su autor. Ya he puesto de relieve más arriba la función posesoria de la *hereditatis petitio;* lo que allí he dicho se aplica también á los interdictos *adipiscendæ possessionis*, del heredero, es decir, al interdicto *quorum bonorum*, *quod legatorum*, y al *Remedium ex lege últ., Cod. de edicto Divi Hadriani tollendo.*

Ahora bien: que se compare la posición jurídica en que esos remedios del derecho colocan al heredero con lo que los interdictos proporcionan al *de cujus*. Mientras el heredero obtiene los remedios posesorios (1) contra todas las personas que se han apropiado la posesión de las cosas hereditarias, el int. *quod legatorum*, contra quien se le ha apropiado en virtud de un legado supuesto ó real, la *hereditatis petitio*, el int. *quorum bonorum*

(1) Ya me he explicado antes acerca del derecho que se tiene de darles ese nombre.

y el *remedium* antedicho, con quienes se las han apropiado en virtud de un supuesto derecho de herencia ó sin derecho alguno; el *de cujus*, por el contrario, no se haya protegido más que contra aquel que le ha arrebatado *violentamente* la posesión. Que no se diga que esos remedios jurídicos de los herederos son *adipiscendæ possessionis*, en tanto que los del *de cujus* son *recuperandæ possessionis*. En efecto; la *adipisci*, en la persona del heredero, tiende tan sólo á *recuperare* la posesión del *de cujus*, y la readquisición que él persigue no recibe la forma de adquisición más que porque, conforme á la teoría romana de la posesión, la posesión cesa con la muerte del *de cujus* y no pasa, *ipso jure*, á sus herederos (1). Pero el fundamento de su protección no es otro que la posesión procedente del *de cujus*, y es esta posesión, no la propiedad, lo que forma el objeto de la prueba. Mas si el *de cujus* mismo, ó el heredero después de haber tomado posesión, llega á encontrarse en situación de reclamar la restitución de la posesión que le ha sido injustamente quitada, esa facilidad de la prueba no le será concedida sino en el caso en que la sustracción de la posesión de parte del contrario pueda ser considerada desde el punto de vista de la *vis*. Supongamos, por ejemplo, un legatario, verdadero ó supuesto, que se apropia la posesión de la cosa, por ejemplo, haciéndose entregar el fundo entregado por el colono, *antes* de que el heredero haya tomado posesión de la masa; en ese caso, este último podrá obligarle por medio del int. *quod legatorum* á restituir la posesión, porque los términos generales de este interdicto son aquí aplicables: *quod quis legatorum nomine non est voluntate heredis occupavit* (L. 1, § 2, *quod leg.* 43, 3). Pero si eso ocurre en vida del testador, ó después que el heredero ha tomado posesión de la herencia, uno y otro están obligados á acudir al petitorio, á menos que puedan alegar una violencia

---

(1) Lo mismo ocurre con el int. *adip. poss.*, de que se hace mención en la L. 2, § 3, *de interd.* (42, 1): *quo itineri venditor unus est, quominus emtor utatur, vim fieri veto:* V., además, la L. 1, § 37, *de aqua* (43, 20).

por parte de su contrario. ¡Qué contradicción! Es necesario que el hombre muera para que la idea de la protección posesoria sea plenamente reconocida en derecho; es preciso que la posesión, y con ella la posibilidad de limitar la protección á la condición de *vis*, cese, para que el principio citado: *quod quis non ex voluntate (ejus ad quem res pertinet) occupavit, restituat*, sea eficaz! Si eso es cierto, la posesión *pasada* es más eficaz que la *actual*; su *cesación* es una *ventaja*, su *continuación* una *carga*! ¡Es preciso morir para tener la plenitud de la protección posesoria! Nos hace pensar esto en aquel puesto de policía que obligaba á entrar la gente provista de pasaporte en una sala de espera, á fin de examinarla, y dejaba pasar libremente á los que *no le tenían!*

Y tan palmaria desproporción entre los efectos de la posesión pasada y de la actual, ¿habrá sido sugerida por la idea de la posesión? Puedo conceder que la había en el derecho romano antiguo. Si los jurisconsultos romanos no se han opuesto, no es porque no *quisieran*, sino porque no *podían*, según ya lo hemos advertido. Pero nuestra ciencia moderna, que en virtud del desenvolvimiento indicado más arriba de los remedios posesorios en la época imperial posterior, ha conquistado la libertad suficiente para emanciparse de los obstáculos históricos, peca contra sí misma y contra la vida práctica, cuando se somete á las cadenas antiguas, por una adhesión ciega á la teoría de los jurisconsultos romanos; y cuando en lugar de reconocer esas cadenas como tales, y de regocijarse porque han sido rotas, emplea toda su sagacidad para justificarlas y presentarlas como necesarias. Por nuestra parte oponemos ahora esta simple proposición: la posesión, una vez reconocida como relación jurídica, exige, no una *media*, sino una *total* protección; para el interés y el derecho de la posesión, debe ser indiferente por completo que haya sido lesionada de esta ó de la otra manera, por violencia ó de otro modo, y aquella misma generalidad de protección que se realiza en el int. *retinendæ posessionis*, en lo que concierne al reconocimiento y al mantenimiento de la po-

sesión, ha de ser reclamada para el int. *recuperandæ possessionis*. De esta manera tan sólo es como la posesión obtiene una solución armónica, y como llega á ser lo que debe ser y lo que es, un baluarte al servicio del propietario contra todos aquellos que invadan inmediatamente la exterioridad de su derecho.

El caso de la *hered. pet.*, en que nos hemos ocupado hasta aquí, no era el único en el cual el mismo derecho antiguo se despojara de las tres condiciones tradicionales de los interdictos posesorios: *vi*, *clam*, *aut precario*, para entender la noción de los vicios de la posesión de una manera completamente general. Había otra relación en la que se nota el mismo fenómeno: la posesión de la libertad por parte de un esclavo. La fórmula no dice: *vi, clam, precario;* sino *sine* DOLO MALO *in possesionem libertatis fuisse*, punto de vista este tan general como el PRO POSSESSORE *possidere* de la *hered. pet.* (1).

Réstanos ya determinar y formular de una manera más exacta, el principio de la proteccion recuperatoria de la posesión, tal como ha sido realizada en las decisiones aisladas que más arriba citamos, de la época imperial posterior. Los tres motivos especiales conocidos del antiguo derecho: *vi, clam*, *precario*, amplíanse en la noción general de la *injusta possessio*, que constituye la base de la posesión del *pro possessore possidens*, en la *hered. pet.*, y la *actio spolii* de la Edad Media *(quæqumque injusta causa omissionis possessionis)*, pudiendo emplearse aquí exactamente la misma fórmula que aquella de que el Pretor se servía en el int. *quod legatorum: quod qui non ex voluntate (actoris) ocupavit.—Aprehensión contra la voluntad del poseedor*. Desde este punto de vista se comprenden todos estos casos: el error, tanto del ocupante como del poseedor precedente (mientras se trata de *sustracción* unilateral de la posesión, pero no de *transmisión* de la posesión ocasionada por error); la toma de posesión subrepticia en virtud de connivencia con el representante ó de una decisión ilegal; la apropiación de fundos

---

(1) V. la L. 6, § 5; L. 10, 11, 12, de *lib. causæ* (40, 10).

pertenecientes á ausentes. Quedan, por el contrario, excluídos todos los casos de pérdida de posesión que se apoyan sobre la tradición por parte del poseedor, importando poco que haya sido efectuada de modo que pueda ser atacada con otros remedios jurídicos, por ejemplo, por coacción ó por dolo. Los límites pueden ciertamente ser dudosos en los casos particulares, principalmente en el caso de coacción. ¿Hay, en verdad, *metus* ó *vis* cuando uno nos obliga, por amenazas de pasar á vías de hecho, á abandonar la posesión de nuestra casa? En el primer caso habría lugar á la acción *quod metus causa*, en el segundo al int. *unde vi*. El interés de la distinción es bastante grande, como es sabido, porque la primera acción permite oponer las excepciones petitorias (1), y el segundo no. Desde el punto de vista del procedimiento, el int. *unde vi* alcanzaría su fin en la mayoría de los casos, porque para probar la *vis* basta la amenaza de pasar á vías de hecho, como se presenta en estos dos casos (2), quedándole entonces al defensor el recurso de presentar la prueba de que él ha tenido efectivamente la tradición. Ocurriría lo propio con el despojo realizado en virtud de una decisión judicial ilegal: aquí también *vis* y *metus* se confunden, pero ya no se puede discutir la admisibilidad del int. *unde vi* contra el posesionado, puesto que el implorante ha prevenido los actos de violencia por una evacuación voluntaria.

La protección recuperatoria de la época imperial no está limitada al caso del delito, es decir, á la imposición de una falta en la persona del defensor. Aquel que persuadido de su buen derecho, ha obtenido del tutor la entrega de las cosas que se encontraban en posesión del menor, no cae en falta (3),

---

(1) V., por ejemplo, L. 12, § 2, *quod met.* (4, 2).

(2) También se encuentra la expresión *vis* empleada para el acto *quod mortis causa*, así como la expresión *mutus* para el int. *unde vi*. V., por ejemplo, L. 11, § 2, *quod met.* (4, 2) y L. 1, § 29 *de vi.* (43, 16).

(3) La L. 7, § 1, Código *unde vi* (8), no se aplica sólo al caso de la colisión; así resulta de las palabras: *habito* PLERUMQUE *colludio.*

como no cae tampoco aquel que, ignorante de los límites, se pone á cultivar una parcela del terreno de su vecino (1). Según los principios generales bien conocidos no se les puede imponer la obligación de reparar todo el daño, expresado en el int. *unde vi*, como no se puede imponerla al heredero de aquel que se ha hecho culpable de una violencia frustrada; esta obligación supone la existencia de una falta. Allí donde esta última no existe, la obligación se reduce á la restitución de lo que el defensor detiene todavía. La necesidad de la falta no se limita al caso de violencia, no hace falta advertirlo casi; aquel que se apodera de un fundo á sabiendas de que es de un ausente, no comete violencia alguna; lo cual no impide que según la L. 11, Cód. h. t., sea considerado como *prœdo*, y que todas las disposiciones del antiguo derecho dictadas en odio á éstos últimos deban aplicársele.

Dejo al lector libre de prejuicios que juzgue si la teoría que acabo de exponer, y que en el fondo reproduce enteramente la antigua doctrina de Cujas sobre el *generale restitutorium interdictum*, con el mérito sólo de haberla motivado más cuidadosamente, merece la censura que Savigny ha dirigido á ésta (p. 466), porque, según ella, «la nueva teoría de las acciones posesorias, sería tan vaga y arbitraria como precisa y consecuente era la antigua».—Vaga no lo es, ni más ni menos que la teoría de la *hered. pet.* y la de los interdictos posesorios del heredero de que ya hemos hablado, no tiene otro fin que el de dar á la protección posesoria de los *vivos* la misma extensión que esos remedios jurídicos contenían para el caso de muerte, y en verdad que no conozco á nadie que haya motejado esta última de vaga. La noción de *pro possessore possidere* es más *amplia* que la de *vi possidere*, pero *amplio* y *vago* no son la misma cosa, y por mi parte encuentro la idea desenvuelta

(1) La L. 11, Cód. h. t., no es evidentemente contraria. Justiniano no tiene presente á aquellos que ocupan terreno de otro por error, sino á los que lo ocupan á sabiendas y se sirven del error como pretexto.

hasta aquí, es decir, la apropiación de la posesión *sin* ó *contra* la voluntad del poseedor, infinitamente más precisa que la idea de la vioiencia desenvuelta por Savigny, mucho más si se tiene en cuenta que después de haberla definido una *violencia que afecta directamente á la persona* (p. 429), la hace bastante elástica tres pasajes más lejos (p. 431), para admitir un caso en el que no se encuentra rastro alguno de violencia personal (V. antes). En cuanto á la censura de arbitraria que Savigny lanza contra nuestra teoría, es igualmente insostenible. Todo hombre que no lleve por adelantado la idea fija de que el mundo no puede prescindir del int. *unde vi* del Pretor romano, sino que, por el contrario, el edicto pretorio debe fijar por siempre la regla á la cual deben someterse el pensamiento y el movimiento jurídicos; todo aquel, repito, que no lleve tal idea fija, verá en la emancipación de la protección recuperatoria de la condición de violencia un gran progreso justificado por los intereses de la vida práctica y por la idea de la protección posesoria, y en cambio, no verá lo arbitrario más que en la restricción de esta protección á la estrecha condición de la violencia. En efecto, si la posesión debe ser protegida, ¿por qué no habrá de serlo más que contra la violencia? (1), ¿qué importa al poseedor la manera como se le priva de la posesión? El centro de gravedad de la posesión está, creo yo, en el poseedor

---

(1) Significando *violencia*, coacción material física, y no acción de perturbación, la teoría de Ihering es la que priva en nuestro derecho. En efecto, la protección posesoria actual, según se desprende primero del Código civil (Lib. II, tit. V) y además de la ley de Enjuiciamiento civil, atiende á proteger la posesión en sí misma, sea cual fuere el motivo por virtud del cual es perturbada ó desconocida. Por este lado parece como que ve nuestro derecho en la posesión la exterioridad de la propiedad de que habla Ihering; pero no sería difícil mostrar algunas disposiciones, y mejor aún, mirando al espíritu de la institución de los interdictos no sería difícil mostrar que lo que al cabo se protege es la *integridad* de la persona en una de las condiciones fundamentales de su vida de relación con la naturaleza para la satisfacción de sus necesidades, mediante la acción de su libre actividad.—*(N. del T.)*

mismo, y no en el contrario (1). Pero si se cambia esta proposición y si toma á la inversa la relación natural, como hace la teoría de Savigny, entonces se comprende fácilmente que lo que es natural no lo parezca, y viceversa. El mismo Savigny, que rechaza con desdén la opinión que hemos expuesto, como una inconcebible corruptela de la teoría posesoria romana, estira y retuerce, según vimos, la noción de la violencia, hasta el punto de aniquilar su propia definición, y no encuentra censura que lanzar contra Justiniano, por haber concedido en la L. 11, Cód. *unde vi*, el int. *unde vi* en el caso de una posesión ya *anteriormente perdida*. ¡Un *remedio posesorio sin posesión!* En presencia de esta enormidad que sacrifica la idea fundamental de toda la posesión, y protege la posesión allí donde no existe, no tiene por qué temer nuestra tesis del desenvolvimiento del int. *unde vi* la censura de *arbitraria*.

Quédanos, en fin, por ver si el resultado que hemos obtenido se refiere sólo á las cosas inmuebles, ó si se refiere también á las muebles. Si fuera exacto decir con Savigny que el int. *unde vi* había sido establecido tácitamente para las cosas muebles, lo cual resultaría de que se haya puesto bajo el título *unde vi*, la L. 7, Cód. *unde vi*, relativa á la pena de la defensa privada, la cual se aplica á las dos categorías de cosas; si eso fuere exacto, la extensión de la protección posesoria que venimos demostrando debería aplicarse á las cosas muebles. Considero este aserto, con casi todos los demás jurisconsultos, como insostenible (2). Sin embargo de esto, la necesidad de esta extensión de la protección me parece tan urgente respecto de los cosas muebles, como para las inmuebles. ¡Con qué faci-

(1) Tal parece ser el espíritu del art. 446 del Código civil, el cual dice: «Todo poseedor tiene derecho á ser respetado en su posesión; y si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado ó restituído en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimientos establecen.» —*(N. del T.)*

(2) Las objeciones importantes que han sido opuestas de diferentes lados (en último término por Bruns, l. c., p. 74-77), no han sido vistas ni por Savigny mismo (p. 438), ni por Rudorff (70).

lidad no puede caer una cosa mueble injustamente en posesión de otro, sin que se encuentre la condición de una *vitiosa possessio*, en el sentido técnico de los jurisconsultos romanos! Palomas extrañas entran en mi palomar; un perro extraño me ha seguido á mi casa; un paraguas, que pertenece á otro, se quedó olvidado en mi domicilio; un paquete destinado á otra persona me ha sido entregado á mí por error. En todos estos casos, yo no me he apropiado la posesión ni *vi* ni *clam;* si tal fuese, pues, la condición de la protección posesoria para mi contrario, le faltaría en ese caso. El derecho antiguo tenía para esto el int. *utrubi;* pero después que este interdicto se asimiló al int. *uti possidetis*, tal medio falta. ¿Podría suplirse este defecto por otras acciones? ¡Difícilmente! Las *actio delecti*, en el caso de apropiación injusta de las cosas de otro (*cond. furt.*, *act. furti.*, *act. vi bon. rapt.*), no bastan; la retención de la cosa de otro no cae siempre bajo el *furtum;* reflexiónese, p. ej., en el caso siguiente: mi contrario me dice que mi perro le ha seguido, pero se niega bajo cualquier pretexto á devolvérmele, p. ej., en virtud de una acción noxal, ó porque afirma que es él mismo el propietario. Es dudoso que la *act. ad exhibendum* pueda conducir al objeto en semejante caso, porque no ofrece las ventajas decisivas de las acciones posesorias de dejar fuera de debate el interés del demandante y el derecho del defensor (1). Las mismas dudas experimento con respecto de la *condictio possessionis* que invoca Bruns (l. c., p. 75). No hay, en verdad, duda de que como toda *condictio*, la *condictio ob injustam causam* ó *sine causa*, no puede apoyarse en la *posesion*, en lugar de estarlo sobre la propiedad (2), y la noción de la *injusta causa* ó de la falta completa de causa (*sine causa*) puede aplicarse también á los casos de situación injusta ó sin fundamento de

---

(1) L. 3, § 11 *ad exh.* 10, 4)... *alio quin et fur et raptor (ad. exhibendum agere) poterit, quod nequaquam verum est.* L. 31, § 1 *Dep.* (16, 3)... *non est exfide bona rem suam dominum prædoni restituere compelli.*

(2) L. 1, § 1, L. 2 de cond. trit. (13, 3). L. 25, § 1 de furt. (47, 2).

la cosa. Pero en esta acción tampoco se puede negar al defensor, ni la excepción de falta de interés de parte del demandante, p. ej., cuando él mismo ha robado la cosa (1), ni la excepción de la propiedad en su propio nombre, y de esta suerte desaparece una vez más una de las ventajas más principales de los remedios posesorios; el defensor tiene ocasión de retener las cosas oponiendo excepciones desprovistas de todo fundamento, y que no es recibirían en una instancia posesoria. La necesidad de acudir en favor del poseedor con remedios posesorios, reviste y conserva aquí toda su importancia.

Nuestra práctica ha reconocido desde hace tiempo esa necesidad y ha tratado de encontrar un remedio en la *actio spolii* que se extendió á todos los casos de apropiación ilegítima de la posesión (2) y las nuevas legislaciónes la han seguido (3). Es verdad que en nuestro siglo la *actio spolii* ha caído en descrédito, á consecuencia de la condenación pronunciada contra ella por Savigny, desde el punto de vista de su teoría del derecho romano, y puede parecer temerario intentar rehabilitarle. No vacilo, á pesar de esto, en expresar mi convicción de que la extensión de la prestación posesoria efectuada por medio de esta acción á todos los casos de pérdida de posesión, sin ó contra la voluntad del poseedor, era un pensamiento eminentemente sano y práctico, infinitamente más que este empeño doctrinario que quiere mantener á toda costa la teoría de la posesión de los jurisconsultos romanos, sin pensar que la desaparición del int. *utrubi* en su forma originaria, ha producido una laguna en el derecho romano mismo, laguna que no puede quedar abierta sin comprometer los intereses de la vida. Para las cosas muebles, la protección de la propiedad no descansa, en la mayor parte de los casos, sino sobre la posesión: la ne-

---

(1) No puedo comprender de qué manera Rudorff (Savigny, p. 712) quiere apoyar la opinión contraria sobre la L. 1, § I. L. 2. *di cond. trit.* (13, 3) L. 13, §. 1 *dep.* (16, 3). L. 25, § 1 *de fur.* (47, 2).

(2) V. en Bruns, § 44-45, el resultado de su desenvolvimiento.

(3) Especialmente el derecho prusiano, Bruns, p. 441-442.

gación de la protección posesoria equivale á menudo á la pérdida de la propiedad. Sería difícil no estar de acuerdo acerca de la desgraciada manera cómo la protección posesoria está organizada para las cosas muebles en la teoría dominante. Se concede allí donde es superflua y se niega donde es necesaria. El int. *utrubi* sirve, según Savigny, para proteger una posesión perturbada, pero todavía subsistente contra perturbaciones posteriores. ¡Yo quisiera saber cuándo y dónde ha sido aplicado jamás! ¿Se dirá que contra los ladrones ó los bandidos que han hecho una tentativa para apropiarse nuestras cosas? El único caso posible de su aplicación es el de la *controversia de possessione*, y es preciso en ese caso, según la teoría de Savigny, una perturbación anterior para que eso sea posible. Quedan los casos de substracción violenta ó clandestina de la posesión, á los cuales Savigny atiende con el int. *unde vi*, y las acciones *delicti*, mientras la nueva teoría, que sabe dar al int. *retinendæ poss.* una función recuperatoria por medio de una aplicación consecuente de la duplicidad, sustituye al primero con el *utrubi*, asegurándole así, á lo menos, cierta utilidad práctica. Pero también manteniendo en ese caso la condición de la posesión viciosa en el sentido de la teoría romana, restringe este interdicto á los casos que no tienen un valor especial á causa de las acciones penales aplicables, y lo niega en aquellos otros en que precisamente, por virtud de la inadmisibilidad de estas últimas, sería doblemente necesario.

Bruns intentó (1) últimamente colmar este vacío é investigar para la *actio spolii* (2), tal como la consideramos aquí, un punto de apoyo en el derecho de Justiniano. Creyó haberlo encontrado en la L. 11, Cod. *unde vi* (13, 4), que refiere como Savigny á una posesión perdida y en la cual ve la prueba de «que los romanos consideraban como compatible con la esen-

(1) *Jahrbuch des gemeinen deutshen Rechts (Anales de derecho común aleman)*, Bekker y Muther, IV, pág. 65.

(2) Había ya reconocido la importancia histórica en su obra sobre la posesión, pág. 503.

cia de una acción posesoria y hasta con el *int. unde vi*, que se pudiese intentarla aun para una posesión perdida sin culpa del otro y ocupada por un tercero después de ésta perdida». Aunque Justiniano en esta ley no haya visto más que las cosas inmuebles, sin embargo, el principio de la ley, así como sus términos, se aplican á los muebles igual que á los inmuebles, y «de ahí resulta que la admisión de las acciones posesorias, en caso de pérdida de la posesión, sin violencia extraña no excede en manera alguna de la esencia de las mismas, según la idea del derecho romano posterior, debiendo ser considerada hasta como un principio del derecho romano».

Aun cuando yo no sea capaz de darme cuenta de los motivos (V. antes), ya no puedo menos de desear que la práctica adopte de nuevo, para las cosas muebles, la *actio spolii* que tiene á su favor la experiencia y la jurisprudencia de medio siglo. Como según las investigaciones que he hecho más arriba, eso fué plenamente efectuado en el derecho nuevo, con respecto á las cosas inmuebles mediante la transformación del int. *unde vi*, no queda más que encontrar un punto de vista que permita aplicar á las cosas muebles el principio realizado por su desenvolmiento para los inmuebles. Y se preguntará: si la legislación posterior lo encontró oportuno, ¿por qué no lo habrá hecho? He aquí mi respuesta.

Para las cosas muebles había en esta época el int. *utrubi* en su forma antigua (1), que concedía al poseedor protección contra toda pérdida de posesión, suponiendo que fuese propuesta en justicia y en tiempo oportuno. Las cosas muebles gozaban así de una mayor protección que las inmuebles, y el desenvolvimiento entero del int. *unde vi* no tenía otro fin, por decirlo así, que borrar esa ventaja. Ahora bien: la asimilación (para mí siempre enigmática) de los interdictos *utrubi* y *uti poss.*, ¿ha trastornado completamente esa relación? Justiniano no se ha pronunciado sobre este punto, pero yo apenas puedo

---

(1) V., p. ej., la L. 1, Cod. Teod. *utrubi* (4, 23) del año 400.

creerlo. Podría quizá concebirse de la manera siguiente: para dar á las cosas muebles el lugar que han perdido en apariencia. Según las nuevas investigaciones el *possessor justus* puede pedir al *possessor injustus* restitución de la posesión, por medio de un int. *recuperatorio*, y también por medio del int. *retinendœ poss.* (1). Pero la ampliación, más arriba demostrada, de la noción de la violencia, reemplazada por la de la *possessio injusta* en un sentido totalmente abstracto', debe ser aplicable, tanto en el int. *uti poss.* como en el int. *unde vi*, y como es preciso aplicar al int. *utrubi* las mismas reglas que á este último, es preciso también aplicarlas al int. *uti poss.* La idea de la protección de la posesión contra toda substracción injusta, tal como se ha realizado en el último desenvolvimiento del int. *unde vi*, es una idea completamente general. Para restringirla á las cosas inmuebles, no se puede invocar otro motivo que su relación histórica con el int. *unde vi.* Esta restricción se explica bien para la protección posesoria ampliamente suficiente de que gozaban entonces las cosas muebles, y se puede considerar como abandonada para los interdictos *retinendœ possessionis*, á consecuencia de la completa asimilación de las cosas muebles é inmuebles efectuada en el derecho de Justiniano.

En suma, he aquí el resultado al cual hemos llegado. En el derecho moderno se reconocía, como regla aplicable tanto á los muebles como á los inmuebles, y en virtud de principios del derecho de Justiniano, que el poseedor puede pretender la protección posesoria contra toda apropiación de la posesión por parte de un tercero, que no se la puede hacer remontar hasta su *propia* voluntad (como en el caso de *dolus* ó de *metus*); las circunstancias particulares de esta apreciación, la violencia, el error, el dolo ó falta de un tercero, son completamente indiferentes; el demandante no tiene más que probar

(1) Si fuera eso verdad para el caso en que el defensor posee todavía, deberá serlo también para el caso en que no abandonara la posesión; la tesis contraria (se olvida esto con frecuencia) está en contradicción con el principio: *dolus pro possessionis est.*

su posesión hasta ese momento y la manera como ha pasado al defensor (1).

---

(1) No hemos querido interrumpir con demasiada frecuencia la disertación de Ihering, llamando la atención al lector acerca de las modificaciones que en materia tan compleja como el sistema de las acciones posesorias romanas introdujo en el derecho moderno. Es materia que se ha simplificado de un modo notable bajo la ley del tiempo y en virtud de las influencias generales que han destruído el formalismo lógico del derecho romano, y que han esclarecido las relaciones de posesión y de propiedad. De Paricu, en sus *Estudios históricos y críticos sobre las acciones posesorias*, advierte muy adecuadamente que «la defensa de la posesión organizada por el derecho romano en un gran número de interdictos diferentes, ha sido ulteriormente resumido en un número mucho menor de acciones posesorias, cuyas condiciones se han ido equiparando y confundiendo, de manera que al fin no han quedado subsistentes hoy sino una sola, la *complainte*, con lo cual la *reintegranda* y la denuncia de obra nueva se relacionan como ramas apenas distintas del tronco principal». Explican esta tendencia á *unificarse* las acciones posesorias algunos tratadistas, como Scialoja *(Trattato sulle azioni possessoria)* y Lomonaco *(Diritto civile italiano)*, por la tendencia á no ver en la posesión y en la propiedad relaciones distintas, á lo cual ayuda muchísimo la manera de ser *pública* de la propiedad de cada persona en virtud de la necesidad de la inscripción de la misma en los Registros de la propiedad. En la hipótesis de esta tendencia, Scialoja llega á afirmar que las precitadas acciones se transformarán, parte en acciones vindicatorias y parte en acciones penales (p. 661 y 660). El Código civil francés, por ejemplo, ha llegado ya en materia de unificación de los remedios posesorios á un punto que puede considerarse como culminante, hasta decir Troplong que con su laconismo, en vez de simplificar en la vida real las relaciones posesorias, produce el efecto contrario de avivar las disensiones y disputas. Según el art. 23 del Código de procedimiento francés, *les actions possessoires ne seront recevables, qu'autant qu'elles auront eté formées dans l'année du trouble, par ceux qui, depuis une année au moins et aient en possession paisible par eux, ou les leurs á titre non precaire.*

Uno de los Códigos modernos en que aparecen mejor sistematizadas las acciones, según el criterio de la simplificación, es el italiano. En los artículos 694 á 697, regula las acciones de *manutenzione* y de *reintegrazione*. Son éstas las dos acciones posesorias reconocidas. Hay las denuncias de obra nueva y la *azione di danno temuto* (artículos 698, 699); pero algún comentarista afirma que no pueden considerarse como acciones posesorias propiamente dichas; son, dicen, medidas extraordinarias que el Magistrado tiene facultad de dictar en

casos urgentes, y que tanto se refiere á la posesión como á la propiedad. Así parecen opinar los Tribunales de aquel país.

En cuanto á las otras dos acciones posesorias de *mantener* la posesión y de *reintegrar*, establécense diferencias muy importantes, pero se caracterizan por referirse ambas á proteger la posesión, que en un caso se *tiene* y en el otro se ha *perdido* y se pide.

En el derecho español, también se debe señalar la misma tendencia á simplificar el sistema de las acciones posesorias. Ya dijimos cómo el Código civil conceptúa la posesión (natural y civil) en el art. 430, como luego en el art. 446 señala los modos de protección del estado posesorio, refiriéndose á la ley de Procedimiento. Ahora bien; en ésta, según repetidas veces hemos indicado, se resumen las garantías en defensa de la posesión en *dos* que en rigor, y á pesar de lo que la ley dice, son tres distintas, pues tres son los estados en que el hecho de la posesión puede encontrarse cuando necesite ser protegido, á saber: posesión que no se tiene, pero que se puede adquirir; que se tiene y se perdió, y que se tiene y se ve amenazada, á los cuales estados corresponden las acciones de *adquirir*, de *recobrar* y de *retener*. La ley española, según indicamos, reduce esas acciones en el título de los interdictos (tit. 20 del libro 2.°) á dos: para adquirir la posesión y para retenerla ó recobrarla, señalando de conformidad con la naturaleza del derecho que se reclama, un estado de hecho de la relación posesoria, trámites breves de facilitación de la prueba, y dejando siempre á salvo el derecho de propiedad y su acción reivindicatoria. Pero acerca de esto ya hicimos alguna indicación en otras notas.—*(N. del T.)*

IX

La idea de la propiedad en el derecho de posesión material.

1·—Correlación extensiva de la posesión y de la propiedad.

El objeto de los capítulos siguientes (IX-XIII) de este tratado, es probar que el motivo desenvuelto hasta aquí, de la protección posesoria, ha determinado toda la disposición de la teoría de la posesión, es decir, que la relación de la posesión con la propiedad ha sido el punto de vista que guió á los jurisconsultos romanos cuando han trazado la teoría posesoria. En apariencia las deducciones que siguen traspasan los límites de mi objeto; pero, en realidad, contienen el complemento y la prueba de la idea fundamental de todo el trabajo. Si la posesión, tal como yo la concibo, no es en sí misma más que una relación desprovista de importancia jurídica, que sólo recibe el reflejo de la importancia jurídica de la propiedad, la relación entre la posesión y la propiedad, tal como se entiende generalmente, cambia por completo. En efecto, mientras esta teoría parte de la posesión y de ahí llega á la protección posesoria como á una consecuencia, investigando á la vez las condiciones de la posesión en el examen de la relación de hecho con las cosas, que nosotros llamamos posesión en la vida común, el camino que yo sigo toma una dirección completamente contraria. Partiendo de la propiedad, yo llego primero á la protección po-

sesoria y sólo después llego á la posesión. Para mí, la teoría de las condiciones de la posesión no nace de la posesión misma, sino que ésta se halla exclusivamente determinada por el fin práctico de la protección posesoria. Sea lo que fuere la posesión, que exista ó que falte, según la idea que de ella se forma en el curso de la vida, yo no tengo por qué preocuparme ante las consideraciones que se desprenden de ese fin práctico. La completa independencia de la protección posesoria frente á la existencia natural de la posesión, es decir, la circunstancia de que una posesión puede existir en el curso ordinario de la vida, sin ser reconocida, esto es, protegida como tal, por el derecho y viceversa; la circunstancia de que la protección posesoria se conceda allí donde falta la posesión en ese sentido, no tiene nada de sorprendente dada mi teoría, que hace depender la cuestión de la protección, no de la definición de la posesión, sino del interés de la propiedad (1), mientras que la misma circunstancia es un verdadero enigma en varias de sus aplicaciones, según la teoría de Savigny. Si ha de buscarse en la posesión misma el motivo, el fundamento de su protección, ¿cómo es que el derecho llega á negar esta última en casos en que la posesión tomada en ese sentido existe y la concede en casos en que la posesión falta?

Pasemos ahora á mostrar desde un doble punto de vista la influencia decisiva que ha ejercido la idea de la propiedad sobre la formación de la teoría de la posesión material.

1. Con respecto á la esfera de aplicación de la noción pose-

---

(1) Igual ocurre cuando se mira á la persona y se ve en la condición de la posesión actual, material (pero que es fundada) ó futura, una exigencia jurídica racional por tanto de aquélla. La propiedad, después de todo, pide protección jurídica, porque es el resultado de una manifestación de la actividad humana para cumplir fines racionales; acción de su actividad sobre la naturaleza con el objeto de aprovechar toda la utilidad que la naturaleza le ofrece como conjunto de medios. La *posesión* de los medios por la persona, condición esencial para verificar la relación económica, es lo que se protege, según repetidas veces se dijo, en los remedios posesorios.—*(N. del T.)*

soria:—*los límites de la posibilidad para la propiedad son también los de la posesión: posesión* y *propiedad son perfectamente paralelas.*

2. Con respecto á las condiciones *internas* de la noción posesoria, es decir, á la cuestión de la existencia y las condiciones del nacimiento y de la continuación de la posesión:—el punto de vista dominante en la formación de esta teoría ha sido: *la imitación de la propiedad en su manifestación exterior normal: la posesión en la exterioridad, la visibilidad de la propiedad.*

Para establecer la correlación extensiva de la propiedad y de la posesión son precisas dos condiciones:

a) La prueba de la posesión *no va más allá* de la propiedad: —*allí donde no hay propiedad, no hay posesión.*

b) La prueba de la misma se extiende precisamente tanto como la propiedad:—*allí donde puede haber propiedad puede haber también posesión.*

a) DONDE NO HAY PROPIEDAD NO HAY POSESIÓN

Allí donde no se puede concebir la propiedad, sea porque la cosa no puede ser objeto de ella, sea porque la persona no puede ser el sujeto, el derecho se pondría en contradicción consigo mismo si quisiera proteger provisionalmente la relación exterior de la persona con la cosa, como propiedad de hecho (1). Lo que no es posible no puede existir de hecho. Así el

(1) Acentuando aun más ciertas declaraciones hechas en las notas, puede quizá afirmarse que la separación *real* de la posesión y de la propiedad resulta de una abstracción. No hay *posesión* que no lleve á la propiedad del medio jurídico, porque con poseer una cosa no se satisfacen las necesidades para que sirve. En este respecto nos parece muy razonado lo que dice Ihering. Como también que la protección posesoria se funda en la propiedad, pero no en el sentido que Ihering afirma, sino en cuanto la propiedad es de la persona; esto es, se protege la pesesión, porque el *poseedor* es persona que se ofrece teniendo la cosa ó debiendo tenerla, como persona que se produce bien y honradamente en aquella relación especial. La distinción respectiva de propiedad (exclusiva, dominio), y la posesión (tenencia material) es formal y depende de

derecho romano excluye la protección de la posesión cuando falta *la capacidad subjetiva ú objetiva*, á causa de este obstáculo que aparece en la persona ó en la cosa.

Ya hemos demostrado muchas veces en la crítica de las diversas teorías posesorias, que esta proposición del derecho romano no puede en manera alguna armonizarse con aquellas teorías que no fundan la posesión sobre la propiedad (1). ¿Qué importa la capacidad de la persona ó de la cosa, si no se trata más que de saber si el orden jurídico ó la personalidad han sido perturbados por un acto de violencia, ó si la voluntad ha sido ultrajada por la cesación de la relación de hecho? No recuerdo haber encontrado una respuesta satisfactoria á esta objeción en ninguno de los autores ó defensores de esas teorías. Savigny se limita al simple aserto de que los casos de incapacidad posesoria objetiva y subjetiva «son la consecuencia inmediata de la noción de la posesión» (p. 124); pero no añade una sola palabra para motivar este aserto. Todo lo que dice es que las *res extra commercium* no pueden ser poseídas (p. 124); que es muy natural que los esclavos sean incapaces de toda posesión jurídica, puesto que no tienen derecho alguno (p. 127), y que la incapacidad de los hijos de familia resulta de la regla general, según la cual no pueden tener *derechos patrimoniales* (p. 126). No me ha sido dado descubrir dónde Savigny encontraría el derecho de decir que eso *es muy natural*. Y, en efecto, ¿qué es lo que la capacidad de tener derechos patrimoniales tendrá de común con la noción de la posesión, según Savigny? La posesión no es para él un derecho patrimonial, no es más que el teatro donde se cumple una injusticia cualquiera, dirigida

---

ciertas necesidades de organización social y hasta del influjo del derecho romano. Cuando se separa en la propiedad inmueble, p. ej., el *dominio* y la *tenencia* (según dice el art. 433 del Cód. civil esp.), ambos sujetos son... propietarios, cada uno de sus *medios* y para el goce de éstos, y ambos *poseen* aquellos aprovechamientos de que la misma cosa es susceptible.—*(N. del T.)*

(1) Es muy distinta en la teoría de Hufeland, l. c., p. 73, 83, y de Thibaut, § 210.

contra la persona, y es completamente indiferente que ese teatro sea un *locus publicus* ó un *locus privatus* (p. 13).

Será acaso útil examinar un poco más de cerca la posición del hijo de familia, en la relación de posesión, tanto pasiva como activamente, es decir, tanto como objeto cuanto como sujeto de la posesión. La relación de hecho del padre de familia con el hijo no puede ser considerada como posesión; así está expresamente declarado en la L. 1, § 8, *de poss.* (41, 2), no siendo, por otra parte, más que una aplicación de la regla general, según la que las personas libres no pueden ser poseídas. Desde mi punto de vista, eso se explica muy fácilmente, porque el poder jurídico sobre el hijo de familia no es como el que se tiene sobre el esclavo, considerado como propiedad, sino como *patria potestas;* así que con la posibilidad de la *reivindicatio* (1) cae también la de la protección posesoria. Yo espero de mis adversarios la explicación de esta regla. El hijo de familia, ¿está menos bajo la potencia del padre que lo está el esclavo bajo la protección de su señor? ¡No, ciertamente, en el *hecho* al menos! Si el señor conserva la posesión del esclavo huído, y eso que su potencia se ha reducido, de hecho, á nada, se hubiera podido concedérsele también sobre el hijo sometido á su dominio. Si se reflexiona acerca del carácter jurídico de este poder, el dominio jurídico sobre el hijo, atendiendo á su idea originaria, era, como es sabido, completamente idéntico á la del amo sobre el esclavo, una *potestas,* lo mismo que este último, y la debilitación que sufrió á través del tiempo no le ha quitado ese carácter. La *potestas* sobre el esclavo ha sido también templada en el derecho nuevo, y, sin embargo, no se ha vacilado nunca en considerar su existencia como una posesión. Desde el punto de vista de la teoría del delito y de la voluntad no se puede comprender de ninguna manera por qué los romanos no habrán visto en la retención de un hijo de familia una perturbación del orden público ó una lesión

(1) L. 1, § 2, D. d. R. (6, 1).

de la voluntad del padre de familia, lo mismo que en la retención de un esclavo.

Pero el simple poder físico sobre un hombre no es la posesión; de otra suerte, el hombre que yo he encadenado debería encontrarse en mi posesión (1); y, en efecto, que se sea un animal ó un hombre al que yo haya encadenado, es indiferente, en lo que se refiere á la dependencia *de hecho,* del uno ó del otro, de mi voluntad. La unión del elemento jurídico todavía no da á ese poder el carácter de la posesión. El poder físico sobre los objetos animados ó inanimados no tomó el carácter de posesión, sino *cuando el poder jurídico correspondiente es la propiedad* (2).

Trataremos ahora de la incapacidad posesoria del hijo de familia. No puede recibir una explicación satisfactoria más que desde el punto de vista de nuestra opinión (3). El hijo de familia no puede poseer nada, en tanto y porque no puede tener nada propio; ¿para que, en verdad, le serviría el remedio protector de la propiedad, si ésta no puede concebirse en su persona? Precisamente por ese motivo, á la inversa, es por lo que el *filius familias* es capaz de poseer lo que está en su *peculium castrense* (4). Es necesario, pues, para ser consecuente apli-

---

(1) Véase, en sentido contrario, L. 23, § 2, *de poss.*

(2) Lo cual quiere al fin y al cabo decir, que la posesión sea en el fondo justa, que es cuando *puede* aspirar á ser protegida, y ya dijimos que cuando en el hecho resulta protegida una tenencia que luego resulta *injusta,* es porque mientras se protegió se ofreció como *justa.* Claro es que nunca puede ser ni aparecer la posesión como justa cuando hay incapacidad (objetiva) en la cosa.—*(N. del T.)*

(3) V. además otros. Aprovecho esta ocasión para citar la L. 38, § 6, *de V. O.* (45, 1) que no deja de tener importancia para el asunto. El jurisconsulto se pregunta si la estipulación del hijo de familia que tiende á *sibi habere licere* es válida en derecho. Para la afirmativa hace valer primero que: *Auferri res ei et ipse eadem auferre potest,* pero combate esta razón porque: *No factum, sed jus in hac stipulatio, tamen sic esse accipiendum, ut in filio familias videatur actum esse* DE POSSESSIONE *retinenda* AUT NON AUFERENDA *et* VIRES HABEAT STIPULATIO.

(4) L. 4, § 1, *de usurp.* (413)... *usucapiet.*

car, en derecho moderno, la regla inversa á todos los hijos, desde que este impedimento ha sido eliminado por medio del desenvolvimiento del patrimonio separado de los hijos de familia,—consecuencia que la glosa ha reconocido, y á la cual Savigny también se refiere. Aun con esto se ha intentado buscar otro motivo. No queda más que uno admisible, á saber: que la relación personal de dependencia, en la cual la potencia paternal coloca al hijo de familia, excluye la posibilidad de la voluntad de poseer. Pero el caso del *filius familias miles* demuestra cuán poco se opone la relación de dependencia á la voluntad de poseer y á la posesión. En el hecho, como en derecho, no hay en cuanto á la *potestas* diferencia alguna entre él y el *filius familias paganus*; y, sin embargo, la capacidad de poseer es reconocida al uno y no al otro. La decisión de la L. 44, § 7, *in f. de usurp.* (41, 3) (1) nos muestra cuán poco entra la voluntad, en general, en cuenta para la relación posesoria del hijo de familia. Un hijo de familia, durante la ausencia del padre, compra á nombre de éste, y recibe ciertas cosas; el padre muere lejos; ¿qué ocurre con la posesión? Respuesta: desde el momento de la muerte del padre (y no desde el momento en que el hijo lo sabe), el hijo ha tenido la posesión. ¿Por qué? Desde ese instante llega á ser *sui juris*, *suus hæres*, propietario, y además por una consecuencia inevitable á los ojos del jurisconsulto, poseedor. Y sin embargo, no se ha producido el menor cambio en su voluntad; después, como antes, se creía hijo de familia y quiere detener para su padre. No es, pues, la falta de voluntad lo que excluye al hijo de familia de la posesión, sino la falta de capacidad para ser propietario; en cuanto adquiere ésta, adquiere también, como consecuencia y sin su voluntad, la capacidad de poseer y la posesión. Según esto, los jurisconsultos romanos negarían la posesión al

(1) Savigny no encuentra nada que decir de esta decisión inarmonizable con toda su teoría, y sobre todo con su sistema del *animus domini*, sino que contiene algo que parece singular (p. 126).

hijo de familia, que hubiera sabido la falsa noticia de la muerte de su padre, á pesar de su voluntad de poseer.

De ahí resulta que el obstáculo á la posesión del hijo de familia, no está en la potencia, sino en su falta de capacidad para ser propietario, allí, donde esta capacidad existe, como en el *filius familias miles* la *potestas* no es un obstáculo. La posesión del hijo de familia nos proporciona una prueba para las dos proposiciones que tenemos que demostrar: *donde la propiedad no es posible, la posesión no lo es; donde la propiedad es posible, la posesión lo es*...; en cambio, estas proposiciones son, en mi concepto, completamente inexplicables con todas las teorías posesorias, que toman un punto de partida distinto del de la propiedad.

Réstame por examinar una relación en la cual se podría ver la condenación de la proposición que he emitido más arriba. *Forum autem et basilicam hisque similia* NON POSSIDENT *(municipes) sed promiscue his* UTUNTUR, dice Paulo en la L. 1, § 22, *de poss.* (41, 2). Y sin embargo, la ciudad tiene un derecho de propiedad sobre esos objetos. He ahí, pues, se dirá, ese supuesto paralelismo de la posesión y de la propiedad por tierra. Todavía no, diría yo, porque yo niego el punto de partida. Ya he combatido en otra parte (1) el aserto de que la relación del Estado con los objetos de uso común *(res publicæ)* deba ser considerada como propiedad, y me veo obligado á repetir aquí lo sustancial de mis argumentos, porque los escritos de circunstancias en las cuales lo he desenvuelto no habrán llegado á manos sino de muy escaso número de mis lectores.

Parto del principio de que la noción «pertenecer» *(gehören)*, *(alicujus esse)* y la de la propiedad no son una sola y misma cosa, sino que, por el contrario, una cosa puede *pertenecerme (gehören)* sin estar en mi propiedad, es decir, sin estar sometida

(1) En los dos informes que yo he emitido á petición del gobierno del cantón de Basilea (ciudad), n.° I, Leipzig, 1862, p. 35, n.° 2, Basilea, 1862, página 3, 20; V. también su *Esp. del D. R.*, III, p. 336, nota 476.

á los principios enunciados para ésta, en lo que concierne á la adquisición, la pérdida, la protección, la copropiedad, etc., etc. Mis cabellos *me pertenecen*, y los mechones de cabellos cortados son objeto de comercio y de propiedad; pero mientras están adheridos á mi cabeza no se puede aplicarles la noción de posesión y de propiedad (1). Las *res sacræ* pertenecen á las comunidades religiosas (2), las *res religiosæ* á personas privadas, y esa relación jurídica tocaba muy de cerca á la propiedad (3), porque era una relación de la cosa con la persona, protegida por las acciones con un destino limitado, pero exclusivo para un cierto fin (4). Sin embargo, los romanos no la comprendían bajo la noción de propiedad, porque en otro caso hubieran declarado aplicables toda una serie de principios que no tenían aplicación á esas cosas, tales como la libertad de enajenar, la posibilidad de la copropiedad, el establecimiento de servidumbres, la usucapión, etc., etc. ¿Qué ocurre ahora con las *res publicæ*? Su destino no es servir al Estado como persona jurídica, sino á los ciudadanos *(usus publicus)* (5). Ahora bien; puede conciliarse

---

(1) L. 13, *pro ad leg. Aq.* (9, 2), *Dominus membrorum suorum nemo videtur.*

(2) Frontinus, *De controv. agr.*, II *(Grom. vet. ed. Lachmann*, p. 57), *De æde Minervæ jam multis annis litigant (Adriementini et Pysdritani).*

(3) L. 2, § 3, *De int.* (43, 1)... *Sed et illa interdicta, quæ de locis sacris et de religiosis proponuntur,* VELUTI PROPRIETATIS CAUSAM *continent.*

(4) V. los textos en que me fundo en el *Esp. del D. R.*, l. c., p. 335.

(5) Esta distinción entre la idea *pertenecer* y la de *propiedad*, exacta en cuanto se alude á la propiedad plena como facultad de *gozar* y *disponer* de una cosa con todas las consecuencias que esto supone, la sostiene con respecto á los bienes, según las personas á quien *pertenecen*, nuestro Código, y en general, se ve los códigos modernos. Así, por ejemplo, Ricci, al hablar del italiano, lo hace notar, advirtiendo que la relación de pertenencia de los bienes de dominio y uso público, con el Estado más que el derecho de propiedad, implica una *función* que, respecto de ella y mediante ella, cumple el Estado. En mi concepto, la relación de propiedad respecto de estos bienes, se establece entre la sociedad *total* (nación, provincia y municipio) y la cosa, resultando la diversa manera de verificarse otras relaciones jurídicas de la naturaleza especial de estas personas colectivas.

En nuestro Código, la distinción, digo, se advierte también, y basta para

perfectamente con este destino una relación jurídica secundaria del Estado con esas cosas, y yo reconozco que la pretensión del Estado á la renta de las *res publicæ* (1), lo mismo que la propiedad que le corresponde sobre esas cosas en el caso en que la *res publica* se transforma en *res privata*, exceden de la noción del *jus majestatis*, al cual Keller (2) ha querido limitar el

---

demostrarlo (aun cuando los términos no se empleen siempre bien), tener en cuenta: 1.°, que de la propiedad como «derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes», se trata en título distinto de aquél en que se especifican los bienes, según las personas á que pertenecen; 2.°, que clasifica el Código los bienes como de *dominio* público ó de *propiedad* privada (art. 338); 3.°, que en el art. 339 especifica los bienes de dominio público, y en el 340 habla de todos los demás bienes *pertenecientes* al Estado que tienen el carácter de propiedad privada, y en el 341 añade, que «los bienes de *dominio* público, cuando dejan de estar destinados al uso general ó á las necesidades de la defensa del territorio, pasan á formar parte de los bienes de propiedad del Estado». El Código también afirma esta distinción respecto de los municipios y provincias; según el art. 346, «los bienes de la provincia y *de los pueblos* se dividen en bienes de uso público y bienes patrimoniales», y son bienes de uso público (art. 344) «en las provincias y los pueblos, los caminos provinciales y los vecinales, las plazas, calles, fuentes y aguas públicas, los paseos y las obras públicas de servicio general, costeadas por los mismos pueblos y provincias. Todos los demás bienes que unos y otras posean, son patrimoniales, y se regirán por las disposiciones de este Código, salvo lo dispuesto en leyes especiales». Por fin, en el art. 345 se indica la existencia de la propiedad privada, individual y colectiva.

Para comprender bien estas ideas, es necesario tener presente la diferencia entre el Estado y la sociedad y que ésta es persona jurídica en sí misma, con su finalidad *racional* y por ende con su derecho de propiedad. El Estado, persona jurídica también, representa á la sociedad, pero no la absorbe.—*(N. del T.)*

(1) Por ejemplo, la hierba que crece á lo largo de las vías públicas, los árboles que están plantados en ellas, el *solarium* de una *superficie* erigido sobre un terreno público (L. 32, *De cont. emt.*, 18, 1, L. 2, § 17, *ne quid in loc. pub.*, 43, 8). Es preciso colocar también en esta categoría el derecho del fisco sobre la mitad del Tesoro encontrado en un fundo público, según el § 39, I, *De rer. div.* (2, 1). Según la L. 3, § 19, *De J. fisci* (49, 14), ese derecho se concedía al fisco sobre los tesoros encontrados *in locis religiosis aut in monumentis*.

(2) En la opinión emitida con ocasión del proceso mencionado más arriba

derecho del Estado sobre las *res publicæ*, y le dan el carácter de derecho privado (1). Pero, ¿es necesario admitir ese derecho como *propiedad?* He ahí lo que yo niego. Si se quiere ampliar esta expresión en el sentido indeterminado de pertenecer jurídicamente, como cuando se habla de la propiedad de un crédito ó de una letra de cambio, ó de una propiedad literaria, entonces no tengo nada que objetar: los mismos romanos se han permitido semejante inexactitud ante la falta de otra expresión (2). Pero es cosa muy distinta aplicar á esa relación la noción de propiedad, y he ahí toda la cuestión, pues eso implica la aplicación de todas las reglas de la teoría de la propiedad. La aplicabilidad de la noción de propiedad á las *res publicæ* está claramente denegada en derecho romano, porque no sólo esas cosas están puestas en oposición con el *verdadero* patrimonio del Estado *(patrimonium, pecunia, bona populi, fisci)* (3), sino

---

reproducida en el suplemento al informe relativo á las fortificaciones de Basilea (J. Rüttimann, Zurich, 1860) y en sus Pandectas, § 48.

(1) Nace siempre este modo de ver las cosas del influjo del derecho romano, aquí por las consecuencias que se desprenden de la aceptación y aplicación de la distinción entre derecho *público* y *privado*. Las cosas *públicas* (carreteras, plazas, etc.), son de la nación, y mientras se destinan al uso común (necesarias) no pueden destinarse á otro uso; pero desde el momento en que cese la necesidad (por ejemplo, el terreno que se ocupe para una carretera, y que por variar el trazado no se usa para carretera), la cosa llamada pública entra en el comercio general, y entonces obra respecto de ella el Estado en *representación* de la nación.—*(N. del T.)*

(2) Ella dice, por ejemplo, *dominium usufructus* (por oposición á la expresión: *possessio usufructus)*, L. 3, *Si usufr.* (7, 6), *dominus hereditatis*, L. 48, pr., *De her. inst.* (28, 5), *dominus sepulchri*, L. 6, sep. nol. (47, 12).

(3) L. 6, pr. L. 72, § 1, *De cont. emt.* (18, 1), L. 14, pr. de A. R. D. (11, 1). L. 2, § 4, *ne quid in loco* (43, 8), L. 17, pr. de V. S. (50, 16). Ante esos pasajes, no es dudoso que la expresión: *res publicæ* NULLIUS IN BONIS *esse creduntur* (L. 1, pr. de R. D., 1, 8), y *sacræ res et religiosæ et sanctæ* NULLIUS IN BONIS *sunt* no pueden significar más que la negación de la propiedad privada.—Sobre esta nota y sobre el pasaje citado de mi *Esp. del D. R.* me ha dirigido una comunicación el Doctor Von Kernstorf de Ausgburgo, en la cual explica que en la L. 49, de V. S. (50, 16) la expresión *bona* abraza, no sólo la propiedad, sino

que también se encuentra formalmente discutida en lo que les concierne la aplicación de las nociones que suponen las cosas susceptibles de ser el objeto de un derecho de propiedad, por ejemplo, la usucapión, la venta, las servidumbres, la estipulación, etc. (1). Así no es en virtud de una casualidad por lo que los jurisconsultos romanos evitan cuidadosamente la expresión *dominicum* hablando de esa relación, y cuando quieren designar el derecho del Estado sobre esas cosas se sirven de la expresión indeterminada *jus civitatis* (2).

No veo la necesidad de abandonar esta apreciación. En efecto, si se alega que la *res pública* sustraída al uso público, cae en la propiedad del Estado, esta alegación, por una parte, no es generalmente verdadera (*alocus derelictus e insule in flumen nata*), y en cuanto lo es (caminos, plazas públicas), está contrabalanceada por las *res religiosæ* (3); en ambos casos cesa el obstáculo que se oponía hasta aquí á la admisión de la propiedad, la cosa pasa á ser *res in commercio*, objeto de la propiedad privada común, pero de esto no se desprende consecuencia alguna para el pasado. Las rentas accesorias de las *res publicœ* no prueban nada; atestiguan que la relación jurídica del Estado con ellas, no es sólo una relación de derecho público, sino

---

todas las formas y especies de haber jurídico, y que, por tanto, la frase de que me ocupo en esta nota: *nullius in bonis sunt*, no debe ser entendida únicamente respecto de la propiedad; pero que, sin embargo, no está en contradicción con mi teoría, porque no toca la cuestión del derecho del Estado, en tesis general, sino que sólo niega á los particulares (*nullius*) una pretensión jurídica sobre esas cosas. Dudo que esta tentativa de explicación pueda parecer satisfactoria, porque si *in bonis esse* debiera significar sólo el haber jurídico, se podría oponer á la tentativa de referir la negación sólo á los individuos, y no al Estado también, la objeción de que bajo la palabra *nullius* están comprendidas, no solamente las personas físicas, sino también las personas jurídicas.

(1) L. 83, § 5, de V. O. (45, 1), L. 34, § 1, *De cont. emt.* (18, 1), L, 1, pr. de S. P. U. (8, 2), L. 9, *De usurp.* (41, 3), L. 2, *De via publ.* (43, 11).

(2) L. 2, § 2, *Ne quid in l. publ.* (43, 8)..., *loca publica privatorum usibus deserviunt* JURE *scilicet* CIVITATIS, *non quasi propria cujusque.*

(3) L. 44, § 1 *de relig.* (11, 7.)

también de derecho privado; pero no prueban que esa relación pueda ser sometida á la forma del derecho de propiedad. Mientras subsista otra forma jurídica de tener—y la relación de las *res sacræ* y *religiosæ* nos proporciona una prueba—el jurisconsulto no estará obligado á abandonar el lenguaje correcto del derecho romano, y atribuir al Estado una propiedad á la cual falta todo lo que caracteriza la diferencia entre la propiedad y esa relación.

El sistema desenvuelto hasta aquí, y el paralelismo que sostengo entre la posesión y la propiedad, encuentran en la L. 1, § 22 *de poss.*, citada más arriba, un apoyo sólido por el cual se completan mutuamente. En efecto, negando la posesión de las *res publicæ,* y sustituyéndola con el *usus publicus,* ese pasaje reconocía mi proposición: allí donde la propiedad no es posible, la posesión tampoco lo es, y suministra así un nuevo argumento contra la teoría de la propiedad del Estado sobre las *res publicæ*. Si el Estado tuviese la propiedad de esas cosas ¿por qué la jurisprudencia romana no habrá reconocido ahí como posesión la exterioridad de esta propiedad, y por qué habrá negado al Estado la protección posesoria que tiene una importancia tan grande desde el punto de vista de la protección de la propiedad?

b) DONDE LA PROPIEDAD ES POSIBLE, LA POSESIÓN TAMBIÉN LO ES

Si la protección posesoria es un complemento de la protección de la propiedad, la posesión debe marchar siempre á la par con la propiedad, supuesto por lo demás que las condiciones de su existencia estén reunidas. Esta última reserva me pondrá á cubierto de la objeción de que la propiedad pueda continuar sin la posesión, porque para la continuación de ésta no basta que la *propiedad misma* continúe, sino que continúe su *ejercicio de hecho*.

La teoría romana de la posesión, ¿responde á esta exigen-

cia? No conozco relación alguna de propiedad en la cual sea desmentido el paralelismo entre la posesión y la propiedad de que aquí se trata. Allí donde admiten la propiedad, los jurisconsultos romanos admiten siempre también la posesión, aun cuando á este efecto se vean precisados á abandonar la noción escolástica de la posesión. Citaré, no como prueba de este *último* aserto, sino sólo como ejemplo de aquel paralelismo general, la copropiedad que en el terreno de la posesión tiene su correspondiente en la coposesión, de igual suerte que á la inversa la imposibilidad de una copropiedad *in solidum* tiene su correspondiente en la imposibilidad de la coposesión *in solidum*. Desde el punto de vista del poder físico, se hubiera llegado con gran dificultad á la coposesión: desde el punto de vista de la propiedad, resulta necesariamente como un reflejo de la copropiedad. En cuanto al primer aserto, creo poder fundarlo alegando las relaciones siguientes:

1. La posesión de los *niños* y de los *locos*. ¿Por qué admitir una posesión de las personas desprovistas de voluntad, si el motivo y el interés de la posesión descansan únicamente sobre la voluntad? (1). ¿Se debe, interponiendo su tutor, colocarles artificialmente en posición de sufrir un delito contra el cual estarían sin eso garantidos por su incapacidad natural de querer? Eso equivaldría, á mi ver, á obligar á un desdentado á poner su diente, con el único objeto de proporcionarle la posibilidad de tener dolores de dientes. ¡Bienaventurados aquellos que no tienen voluntad, si la importancia jurídica de la posesión consiste sólo en ser la relación bajo la cual la voluntad es herida y lesionada! Nadie negará que hacer abstracción de la voluntad con respecto á esas personas, constituye una de las más grandes anomalías de la teoría posesoria. Que no se diga que la vo-

---

(1) He aquí cómo regula esta relación posesoria nuestro Código civil. Según el art. 433, «los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión; pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan á su favor».—*(N. del T.)*

luntad de su representante suple la suya, porque por una parte eso no es cierto para el caso en que el poseedor se vuelva loco, al menos en tanto que no se le instituye una *cura furiosi* (1), y por otra parte, aun en la adquisición de la posesión por un representante, el representado mismo debe tener la voluntad de poseer.

Dada mi opinión, no hay necesidad de explicar ese fenómeno. No se podrá negar á esas personas la capacidad de poseer sin declararlas cuasi-incapaces de ser propietarias. La teoría debía amoldarse aquí á las necesidades de la práctica. Negándoles esta capacidad, se les hubiera obligado, en el caso de una *dejectio* violenta, á intentar la reivindicación á falta del int. *unde vi*; se les hubiera hecho, además, imposible la adquisición de la propiedad por tradición; en una palabra, lejos de mejorar su posición jurídica, que es lo que siempre se ha propuesto el derecho, se hubiera comprometido gravísimamente.

En el derecho nuevo, los *infantes* también pueden, como es sabido, adquirir la posesión sin tutor; por supuesto, sólo de las cosas que es costumbre dar á los niños (2). Apenas si hace falta advertir que esta concesión no está inspirada por la idea de la posesión considerada como dominio de la voluntad, sino por el interés de la propiedad. ¿Por qué esta limitación de la

---

(1) La posesión continúa en ese caso; la L. 27 de poss. (41, 2), lo dice hablando de la posesión ejercida *animo;* la usucapión continúa, V. L. 4, § 3 y L. 44, § 6 *de usuc.* (41, 3). La consideración invocada en este último pasaje; *ne languor animi dammun etiam in bonis afferat*, es aquella de que yo quiero servirme. Es quizá más importante aún para la protección posesoria que para la usucapión. Savigny (pág. 354) trata de justificar racionalmente esta continuación por medio de la ley que ha enunciado para la pérdida de la posesión (sobre la que volveré luego); el jurisconsulto romano veía ahí una anomalía admitida *utilitate suadente*, es decir, bajo la influencia de la consideración alegada.

(2) Arg. L. 3, Cód. *de poss* (7, 32) verb. CORPORE QUÆRITUR, L. 4, § 2 *de usurp.*, (41, 3)... *et animum possidendi habeat.* Se aplica esto á los juguetes, á las golosinas y al dinero, pero no á las casas y á los caballos.

capacidad de poseer en caso de donación? Porque es el mismo caso en que se encuentra en la práctica una adquisición de propiedad de parte de niños sin autoridad del tutor, ó para hablar más exactamente, es el único caso en que hay interés en procurarles la posibilidad de adquirir. Sólo esta última consideración hace admitir la posesión, por lo que también aquí la posesión no se presenta sino al servicio de la propiedad.

Pudiendo decirse lo mismo:

2. Respecto *de las personas jurídicas*. No tienen voluntad natural de poseer, pero el obstáculo que algunos jurisconsultos romanos ponían ante esta circunstancia para quitarles la capacidad de poseer, no ha sido admitido en la práctica, y con razón (1). ¿Cómo explicar esta concesión si se tratase sólo de hacer posibles con respecto á esas personas los delitos posesorios, si la importancia de la posesión se apoya en la noción de la voluntad y en el derecho primordial de la personalidad á no ser lesionada en la libertad de su voluntad? Se trata de un fin más serio, se trata para la persona jurídica de la posibilidad de la usucapión y de la facilidad de la prueba concedida á la posesión en las discusiones sobre la propiedad.

3. A la muerte del poseedor, la posesión cesa, es verdad; pero ya hemos demostrado antes que el interés práctico de los vivos, al cual la posesión responde, ha sido plenamente satisfecho de otra manera en la sucesión hereditaria, y todo por medio de la continuación no interrumpida de la usucapión y de la *hered. petitio*.

4. La *cuasi posesión* viene á dar un poderoso apoyo á esta opinión. Si se llega á la *posesión* partiendo del derecho, si el motivo práctico de la posesión reside en el derecho, no sólo se concibe perfectamente bien la extensión de la noción de la posesión á todos los derechos en los cuales puede haber exterioridad del derecho, es decir, á los cuales corresponde un ejerci-

(1) Comp. L. 1, § 22, L. 2 *de poss.* (41, 2).

cio durable y visible, sino que también ese hecho contiene, para esos derechos, la última y necesaria evolución de su formación jurídica. No puede comprenderse como se ha llegado, por otra parte, á semejante extensión de la noción posesoria, partiendo del *poder físico sobre la cosa*, porque esta extensión no conserva de la posesión ni el elemento de la *cosa,* ni el del *poder físico,* y no me es dado alcanzar el motivo en que se inspira esta caricatura de la posesión, que desfigura la supuesta idea fundamental hasta ponerla desconocida. La teoría de Savigny, si quiere ser sincera, no puede ver en la cuasi posesión más que una singularidad sin motivo alguno, una de las más terribles confusiones de ideas que haya habido nunca en el derecho, y en verdad, el abismo que separa el poder físico y la cosa de una parte, y de la otra el ejercicio de los inumerables derechos que pueden en el derecho moderno ser objeto de una *cuasi posesión,* abstracción hecha de esos dos elementos, es infranqueable. Este abismo no podrá salvarse sino mediante la idea de que esas dos formas de la posesión contienen ambas el ejercicio de un derecho, y cuando Savigny (192) se vale de este expediente, inevitable por lo demás, no la hace sino á costa de una infidelidad con su teoría. Desde el instante en que recurre á la noción del ejercicio del derecho, confiesa que la idea del poder físico sobre la cosa no es una idea primordial y no tiene una importancia independiente para la posesión, que, por tanto, no puede servir de fundamento á toda la teoría posesoria, sino que no tiene más que la importancia secundaria de ser la forma bajo la cual se manifiesta la idea del ejercicio del derecho en la *propiedad.* Y desde el instante en que así se ha sustituído á la idea del poder físico la del ejercicio de los derechos, como idea fundamental de la posesión, la lógica no permite investigar el motivo último de la posesión en otra parte que no sea en los derechos mismos, y una vez en este camino se llega á descubrir el movimiento paralelo de los derechos y de la posesión, y se alcanza al fin la convicción de que la protección de la *posesión* es un *complemento indispensa-*

ble de la *protección del derecho* (1). Así, la idea desenvuelta hasta aquí del paralelismo entre la propiedad y la posesión de las cosas encuentra en la extensión completada por nuestro derecho consuetudinario moderno, de la *cuasi posesión*, á todos los derechos que de ella son susceptibles, ejemplo y apoyo que arrojan sobre ese paralelismo la luz más viva y que nos permitirá formular de una manera más general, como *exterioridad de los derechos* (ligados á un ejercicio de cierta duración), la *idea de la posesión*, que hemos debido concebir, aquí donde sólo la examinamos en su aplicación á la posesión de la cosa, como *exterioridad* de la propiedad.

---

(1) Idea esta que en cierto modo es la que sustentan los Sres Giner y Calderón (lugar citado) partiendo de que la posesión no implica meramente la tenencia material de los objetos y que no se refiere sólo á la relación de propiedad (económica), sino que la posesión es un momento esencial de la vida ó cumplimiento de la relación entre el sujeto (persona) y la condición en virtud de la que se hace posible la aplicación de ésta á su fin correspondiente. Según esto, si la protección de la *posesión* es el complemento *indispensable* de la protección del *derecho*, pero como el *derecho* se protege ya mirando al ser del mismo, de ahí que el fundamento de la protección de la posesión radica en el respeto á la persona cuando vive y obra como ser de derecho.—*(N. del T.)*

X

2. La cuestión de la adquisición y de la pérdida de la posesión.—Crítica de la teoría de Savigny.

Si nuestra tesis de que la posesión es la exterioridad de la propiedad es exacta, debe ser confirmada ante todo por la teoría del nacimiento y de la continuación de la posesión. Podemos formular por adelantado la regla que debe regir esta materia:

La manera como el propietario ejerce de hecho su propiedad debe ser el criterio de la existencia de la posesión.

Creo poder probar que esta regla es perfectamente justa en derecho romano, y que ella tan sólo nos evita las contradicciones y las dificultades que se presentan en la teoría de Savigny sobre las condiciones del origen y pérdida de la posesión: contradicciones y dificultades que se han discutido hasta hoy muy débilmente, porque no se encontraba modo de salvarlas.

Ninguna parte de la teoría posesoria de Savigny ha sido tan general y tan evidentemente aceptada, así que creo necesario, antes de pasar á exponer mi propia teoría, motivar el juicio que acabo de emitir sobre la de Savigny, y mostrar que entraña contradicciones inexplicables, tanto con respecto á las decisiones de los jurisconsultos, cuanto con relación á sí mismo.

El error fundamental de Savigny consiste, á mi ver, en que identifica la noción de la posesión con la del poder físico sobre

la cosa, sin advertir que esta última no es más que una verdad relativa y limitada, por lo que llega á constreñirla, de tal suerte, que pierde al fin toda la verdad y queda reducida á ser la negación de sí misma.

Veamos primeramente, si tal punto de vista se puede sostener ante el examen de la teoría de la *adquisición* y de la *pérdida* de la posesión.

Savigny (p. 210, 211 y 236) hace consistir la noción de la *aprehensión* de la posibilidad física de obrar inmediatamente sobre la cosa y de evitar toda acción extraña. Como condición esencial para esta posibilidad, exige, tanto para los inmuebles (p. 212) como para las cosas muebles (p. 216), la presencia inmediata cerca de la cosa: «la presencia material es la que entraña la facultad de disponer libremente de las cosas (p. 214); es preciso que la posibilidad de disponer libremente de las cosas se presente como real é inmediata al espíritu de quien quiera adquirir la posesión» (p. 238). Así Savigny tiene buen cuidado, en algunos textos que no mencionan esta condición de presencia (p. 220, 225), de suponerla como cosa natural: los esclavos, á los cuales, según la L. 1, Cód. *De donat.* (8, 54), se ha entregado la posesión y la propiedad, por la simple entrega de los títulos de propiedad, estaban presentes al acto: el comprador de la L. 1, § 21, *De poss.* (41, 2) y L. 9, § 6, de A. R. D. (41, 1), estaba presente en el comercio cuyas llaves le han sido entregadas.

Y preguntamos, ¿ha logrado Savigny, como él cree (236), demostrar la exactitud de esa noción de la aprehensión por la interpretación de los textos? Debo rechazarlo formalmente. La posibilidad de la adquisición de la posesión mediante la *custodia* (p. 226 y sigs.), es irreconciliable con la necesidad de la presencia personal de aquél que aprehende, y apenas se puede comprender cómo Savigny cree lograr evitar tal contradicción diciendo (p. 227): «que no hay nada de que se sea más dueño que de su morada y que por esto mismo se tiene la *custodia* de todo lo que allí se encuentra». En efecto; ese poder solo no es

suficiente, según Savigny mismo; es preciso, además, la posibilidad de una acción *inmediata* cerca de la cosa, y esta posibilidad no existe para él sino allí donde el que aprehende está *presente* cerca de la cosa.

Si basta ser el dueño de la cosa, lo soy yo menos, cuando el vendedor de un almacén me lleva la llave á mi morada, que cuando aquél que me entrega las mercancías deposita el paquete abierto y en mi vestíbulo, en mi ausencia, y sin que nadie de los míos lo haya introducido ni haya visto la cosa *(quamquam id nemo dum attigerit*, L. 18, § 2, *De poss.)*, ó cuando se conduce el rebaño á mi establo abierto, la leña á mi patio, el abono á mi jardín. Yo estimo que soy más dueño en el primero de esos casos. Nadie, en efecto, abrirá tan fácilmente como yo la puerta de hierro del almacén, mientras que el acceso á mi vestíbulo, á mi patio, á mi jardín ó á mi establo es libre, y cuando pienso en el peligro posible de una sustracción de la posesión en cada uno de esos casos, para medir según eso *la conciencia de mi poder físico*, me creo más seguro con la llave del almacén que en los casos de *custodia*.

La L. 55, de A. R. D. (41, 1), me concede la posesión y la propiedad de la caza que se ha cogido en mis lazos, sin tener en cuenta el sitio donde éstos han sido puestos, es decir, sin examinar si han sido puestos en mi propio fundo ó en pleno campo (1). El jurisconsulto no exige una aprehensión corporal inmediata de la caza; admite, pues, que la posesión del cazador puede comenzar en su ausencia: tal resulta de la manera más clara de los términos empleados: *aprum meum... qui eo facto* MEUS *esse* DESISSET.

He aquí, pues, un caso indudable de adquisición de la posesión, sin que el adquirente esté cerca de la cosa. Es, por

---

(1) Savigny (p. 223, nota), esquiva la necesidad de expresar su opinión sobre este pasaje. Porque diciendo que la razón de esta decisión se encuentra en las palabras: *ut* SI IN MEAM POTESTATEM *pervenit, meus factus est*, no hace más que traducir las palabras del jurisconsulto: *Summam tamen hanc esse puto*.

tanto, imposible que la posibilidad de una acción física inmediata sea una condición absoluta de la aprehensión (1).

Pero aun donde existe esta posibilidad, junto al conocimiento y á la voluntad, no siempre basta. Quisiera yo ver cómo pueden ponerse de acuerdo con la teoría sobre la aprehensión de Savigny las dos decisiones siguientes. Según la L. 5, § 3, A. R. D. (41, 9), cualquiera puede poseer *sine furto* los panales de miel que un enjambre de abejas, que no me pertenece, ha formado sobre mi árbol; es decir, que yo no he adquirido la posesión de esos panales ni la de las abejas, según el § 2. Se comprende muy bien en cuanto á estas últimas, pero en cuanto á los panales de miel formados sobre mi árbol, en mi jardín, parece que debían pertenecerme como los pájaros que se dejan coger por los lazos que yo he puesto en mi bosque (2). Hay ahí la posibilidad de una acción inmediata, el conocimiento y la voluntad.—¿Por qué, pues, no hay posesión?

La segunda decisión concierne á la adquisición del tesoro; esto es, de una cosa escondida en un tiempo ó en lugar cual-

---

(1) Ve Ihering claramente en esto, como en muchos casos, el carácter inmaterial de la relación jurídica, y por esto acierta de un modo exacto con el *quid* de la dificultad en materia tan interesante como el desarrollo de la relación jurídica de posesión. Como el derecho al fin radica en la intención, la aprehensión jurídica se verifica sin necesidad de actos exteriores materiales por parte del sujeto. Aunque sin la apetecida pureza en los términos, así parece verlo también nuestro Código civil, cuando en su art. 438 dice: «La posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa ó derecho poseído, ó por el hecho de quedar éstos sujetos *á la acción de nuestra voluntad*, ó por los actos propios y formalidades legales establecidos para adquirir tal derecho».—*(N. del T.)*

(2) Será conveniente ver la solución que da el Código civil vigente á la cuestión de la adquisición de los enjambres de abejas. En general se adquieren por la ocupación, pues según el art. 612, el propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho á perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de éste el daño causado. Si estuviere cercado necesita el consentimiento del dueño para penetrar en él. Cuando el propietario no haya perseguido, ó cese de perseguir el enjambre dos días consecutivos, podrá *el poseedor* de la finca ocuparlo ó retenerlo».—*(N. del T.)*

quiera (Saviyny, p. 229).—Las opiniones de los jurisconsultos romanos sobre las condiciones de la adquisición de la posesión en ese caso eran discordes; algunos jurisconsultos antiguos concedían la posesión al poseedor del fundo en el cual estaba escondido el tesoro, desde el instante en que tenía de él conocimiento, mientras la mayoría, cuya opinión ha sido aprobada por Justiniano, no admitía la posesión más que *si ipsius rei supra terram possessionem adeptus fuissem* ó *si loco motus sit* (1). Cuando la L. 3, § 3, *de poss.*, que contiene la última versión, añade como motivo: *quia non sit sub custodia nostra*, es evidente, en verdad, que el propietario del suelo no puede obrar inmediatamente sobre el tesoro ni disponer de él en tanto que no sea desenterrado (2). Pero yo pregunto: ¿hay diferencia en esto de cuando se trata de la cosa depositada en mi casa en mi ausencia ó de la cosa cogida en mis lazos? Si todo depende de la seguridad del poder físico sobre la cosa, yo creo que esta seguridad subsiste en ese caso tanto como en la *custodia* doméstica. Savigny (p. 230) encuentra, en verdad, que es esa una custodia especial, que no es posible más que en esta hipótesis, y en una adición á la sexta edición hace nacer, en contradicción con las decisiones completamente generales de los jurisconsultos romanos, la posesión del tesoro escondido en la casa misma, desde el momento en que se tiene conocimiento de él. Sin entrar ahora en el examen de las consideraciones sobre las cuales

---

(1) L. 3, § 3, L. 44, pr. *de poss.* (41, 2); L. 15 *ad. exh.* (10, 4).

(2) Igualmente creemos oportuno trasladar aquí lo que referente á la ocupación del tesoro, el Código civil dispone, pues la ocupación, si es camino de la propiedad, lleva inmediatamente á la posesión. «El tesoro se adquiere (posee por tanto) por la ocupación» (art. 610). «El que por casualidad descubriere un tesoro oculto en propiedad ajena, tendrá el derecho que le concede el art. 151» (art. 614). El Tesoro, dice este art. 151, oculto pertenece al dueño del terreno en que se hallare. Sin embargo, cuando fuere hecho el descubrimiento por casualidad en propiedad ajena ó del Estado (!), la mitad se aplicará al descubridor». Se entiende por tesoro para los efectos de la ley, el depósito oculto é ignorado del dinero, alhajas ú otros objetos preciosos, cuya legítima pertenencia no consta.—*(N. del T.)*

descansa positivamente la decisión de los jurisconsultos romanos (V. luego XII), no puedo menos de preguntar por qué ese muro elevado infranqueable no podrá darme, con respecto al tesoro que haya en mi jardín, la misma *«conciencia de un poder físico»* que la que me concede el depósito de una cosa depositada durante mi ausencia en mi patio ó en mi vestíbulo abierto? (1).

Si pasamos ahora revista á las relaciones que acabamos de citar, veremos que Savigny no ha conseguido de ninguna manera ponerlas en armonía con su noción de la aprehensión, y si cree, sin embargo, haberlo conseguido, creencia ésta seguida por toda nuestra jurisprudencia romanista moderna, proviene en parte de que él mismo rechaza su propia noción de la aprehensión allí donde le estorba, y en parte de que no examina de ninguna manera las relaciones que yo he señalado. Una de dos: ó Savigny tiene razón cuando asienta la noción de la aprehensión sobre la «posibilidad de obrar *inmediatamente* sobre la cosa»—y entonces comprendo bien por qué las llaves del almacén no procuran la posesión del almacén y por qué la posesión del fundo no procura la del tesoro; pero yo no comprendo

1) Cómo Savigny puede concederme la posesión del tesoro escondido en el muro de mi casa, porque yo no puedo obrar inmediatamente sobre ese tesoro mientras no haya perforado el muro;

2) Cómo puedo yo adquirir la posesión en mi *ausencia*, es-

---

(1) Hablando de la pérdida de la posesión (p. 311, 312) Savigny asimila, con respecto á la *custodia causa* de la L. 44, p. *de poss.* y para el mantenimiento de la posesión, el hecho de conservar una cosa en su morada, y el de enterrarla en su campo; «las medidas especiales tomadas para la conservación de esta cosa (custodia) le dan la certidumbre de poder encontrarla más tarde», y añade la nota: «tal es el sentido general de la palabra *custodia*, y la diferencia entre la adquisición y la conservación de la posesión no es aquí más que una cuestión de más ó menos». He ahí, en verdad, la *custodia* aplicada al jardín.

tando quizá á varias leguas, por medio del depósito hecho en mi morada,

3) Ó mediante los lazos tendidos á la caza en el bosque;

4) Ni tampoco comprendo por qué no adquiero la posesión de los panales de miel formados en mi árbol.

O bien, por el contrario, no es preciso la posibilidad de la acción personal inmediata, es decir, instantánea, y basta un poder asegurado obtenido de una manera cualquiera sobre la cosa. Entonces yo comprendo los casos 1.°, 2.° y 3.°, pero no comprendo por qué no he de tener también la posesión del tesoro que se encuentra en mi fundo, y por qué la tradición de las llaves no ha de darme la posesión del almacén ó de la casa. El caso 4.° queda, en mi concepto, tanto en una como en otra hipótesis, como un enigma.

Vese, pues, que la teoría de Savigny sobre la aprehensión lleva á contradicciones palpables: ora la presencia es necesaria, ora no lo es; ya la seguridad del poder físico basta, ya no,—las deducciones de Savigny se moldean en las decisiones mismas concretas que trata de interpretar, pero olvida en ellas, cuando llega á la segunda, lo que dice en la primera. Se puede refutar á Savigny con Savigny mismo. Supongamos, por ejemplo, que yo quiero demostrar que, según Savigny, la tradición de las llaves debía procurar la posesión del almacén; me bastaría recurrir á su aserto sobre la *custodia* (p. 227), del cual resulta que la certidumbre del poder sobre la cosa es la que me da la posesión. Si yo quiero, por el contrario, demostrar que la *custodia* no puede dar ninguna posesión, tomaría su aserto relativo al tesoro (237), según el cual el propietario no tiene posesión de éste, «porque aquí también es muy posible que otro encuentre ese tesoro, el que entonces no hubiera estado ni un instante realmente en poder del propietario del suelo.» ¡El peligro de que otro me preceda en la aprehensión física de la cosa es mayor para el tesoro escondido en la tierra y oculto á las miradas de todos, que para el paquete de libros depositados en mi vestíbulo! La respuesta no puede ser dudosa si se procede sin pre-

juicios. En realidad, el mismo Savigny parece encontrar ese peligro muy poco serio, porque en su teoría de la pérdida de la posesión (p. 341), la ocultación del tesoro aparecía como *custodia*, es decir, como medida especial tomada para su conservación y que da al poseedor la certidumbre de poder encontrarle más tarde.

Si pasamos ahora á la pérdida de la posesión, la fórmula enunciada por Savigny no es, en mi sentir, más exacta que la que enuncia para la adquisición. La posesión, según él, se mantiene mientras subsiste la posibilidad de reproducir cuando se quiera el estado originario; hay, pues, pérdida de la posesión desde que ésta posiblidad se convierte en *imposibilidad* (p. 139).

Examinemos más de cerca esta idea. Nuestra teoría la ha aceptado con los ojos cerrados y sin presentar objeciones: lo que yo no puedo explicar sino porque, no encontrándose en estado de sustituirla con otra mejor, ha evitado cuidadosamente destruirla. Por mi parte, no conozco en toda la jurisprudencia ninguna que resista como ella á toda aplicación seria.

La imposibilidad de reproducir á voluntad el estado originario deberá, pues, decidir si la posesión se ha perdido. *Reproducir* Á VOLUNTAD, ¿quiere esto acaso decir sin que haya obstáculo alguno? Podría creerse dada la frase *á voluntad* (p. 339), porque si debo ante todo vencer los obstáculos que la resistencia entraña, el resultado no depende sólo de mi *voluntad*, sino y al propio tiempo de la relación en que están mis *fuerzas* con los *obstáculos* que á ellas se opongan. Savigny no se ha decidido en esta cuestión, y por tanto, no podemos investigar el alcance que da á su noción más que en los ejemplos en los cuales hace aplicación de la misma. Me ha sido arrebatada la cosa por robo ó bandidaje, ¿he perdido la posesión? Sí: «aquí la cesación de la facultad de disponer de ella es perfectamente evidente» (p. 340). Sería, preciso para ser consecuente, decir otro tanto «del caso en que durante nuestra ausencia nuestro inmueble se encontrase ocupado por una persona que hasta nos impide violentamente volver á entrar, porque la posi-

bilidad física de obrar sobre la cosa se nos quita de un modo positivo desde ese instante, al igual que en el primer caso, pero esta regla tiene aquí una excepción notable» (p. 348) (1).

No quiero examinar si todos esos casos son de una naturaleza tal, que el poseedor pueda sin gran trabajo recobrar la cosa,—circunstancia, sin embargo, á la cual Celso da una importancia decisiva en la L. 18, § 3 h. t.

Non disisse illico possidere existimandus sum, facile EXPULSURUS *finibus simulatque sciero,*

y que Savigny mismo no ha podido desconocer enteramente, puesto que tiene buen cuidado de excluirla del caso de ocupación de que se trata, suponiendo que la otra persona está dispuesta «á impedirnos entrar» (¿Quién puede decirnos si puede ó si quiere aunque pueda?). Pero admitamos que todo obstácu-

---

(1) A fin de que el lector pueda ver á qué criterio vario responde nuestro Código civil en materia tan intrincada, bueno será copiar los artículos que de la pérdida de la posesión tratan. «El poseedor puede perder la posesión: 1.°, por abandono de la cosa; 2.°, por cesión hecha á otro por título oneroso ó gratuito; 3.°, por destrucción ó pérdida total de la cosa, ó por quedar ésta fuera del comercio; 4.°, por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año». (Esta circunstancia pone al nuevo poseedor bajo la protección de los interdictos.) (V. art. 460). «La posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero» (art. 461). Aquí, por supuesto, es en donde pueden ofrecerse prácticamente la multitud de complicados casos de que Ihering habla luego en diferentes sitios, pues no hay modo de señalar *a priori* la circunstancia en que realmente se desarrolla la posesión de muebles con relación á su pérdida en el caso á que alude el art. 461. Un tratadista español, el Sr. Sanchez Román, señala varias omisiones entre los modos que el Código especifica para perder la posesión. Las principales son dos: 1.ª, por virtud de la acción reivindicatoria del propietario que la tiene, dice el art. 348, contra el *tenedor* y el *poseedor*, y 2.ª, por la *expropiación forzosa por causa de utilidad pública*, que priva ante todo de la posesión y á veces sólo de ésta, y 3.ª, cuando tiene lugar la interrupción á que aluden los artículos 1943 y 1948.—*(N. del T.)*

lo que se nos ofrezca sea suficiente para hacer cesar nuestra posesión, es preciso, sin embargo, ser consecuente. El puente que conduce á nuestro fundo es destruído; hasta que haya sido reconstruído, el acceso al mismo es completamente imposible; ó bien, nuestro fundo es inundado, ¿continúa la posesión? Sí, responde Savigny; «claro es, dice, que un obstáculo *pasajero*, como esos, no quita la posesión» (pág. 340, nota 3). El claro ese que ahí se escribe, es lo que yo no puedo comprender (1). En efecto, si el carácter transitorio del impedimento que surge aquí de improviso como una condición esencial, debe ejercer una influencia tan decisiva, es que un impedimento transitorio no hace cesar, por lo menos temporalmente, la posibilidad de reproducir á voluntad el estado de cosas originario? Ahora bien: si la posesión se interrumpe, aunque no fuese más que temporalmente, queda interrumpida la continuidad, y la posesión ulterior no es ya la posesión antigua sino una posesión nueva. Al mismo Savigny me refiero aquí. «El *animus* por sí sólo hace perder la posesión desde el instante en que el poseedor tiene la *voluntad de renunciar á ella*; porque desde ese instante, por consecuencia de la misma resolución, la reproducción de la voluntad primera á la cual se opone se hace imposible. A partir de entonces si más tarde el antiguo poseedor quisiera volver á empezar á poseer, necesitaría una nueva aprehensión, porque la posesión anterior habría dejado de existir» (pág. 355). No es éste aun el momento de someter esta opinión de Savigny á un examen crítico: bastará que me sirva de ella para esclarecer la decisión indicada más arriba. Yo pregunto: ¿el poseedor que cambia de voluntad, provoca un obstáculo más duradero que el suceso natural que ha destruído el puente? Un nuevo cambio de voluntad basta para cortar el

(1) Savigny no presta atención alguna á la L. 30, § 3 *de poss.* (41, 2), *item quod mari aut flumine occupatum sit, possidere nos disinimus;* ni á la L. 3, § 17. *Desinere me possidere eum locum, quem flumen aut mare occupavent* (no se dice aquí si pasajeramente ó para siempre; pero por otra parte, ¿quién puede saber eso por adelantado?). Esos dos fragmentos contradicen el aserto de Savigny.

obstáculo, mientras la reconstrucción del puente puede durar mucho tiempo, ¿y hasta quién sabe si el poseedor ú otra persona á quien el puente pertenece no lo construirán nunca? Pero admitamos eso: ese obstáculo pasajero no debe hacer cesar la posesión; ¿pero cómo decidir si es pasajero ó no? ¿Se ha de atender al momento actual ó es preciso esperar el resultado? Y en el primer caso, vuelvo á preguntar, ¿es más fácil para mí reconstruir un puente que ir á buscar las maderas que un vecino ha trasportado furtivamente sobre su fundo, ó las palomas que ha encerrado en su palomar? En el segundo caso no será preciso que yo recupere esos objetos por mi propia autoridad, porque el vecino estará dispuesto sin duda, desde el instante en que yo sepa el hecho, á devolverme las cosas para evitar una denuncia en justicia. Y aun en el caso contrario, no puedo yo decidirme desde el primer momento pensando en el efecto de una denuncia: ¿el obstáculo que mi adversario opone á mi posesión es por naturaleza pasajero ó es preciso que yo espere el resultado? y debo decidir lo mismo en un caso que en otro. Si obtengo al cabo de unos días la restitución de las cosas que me han sido quitadas por robo ó pillaje, no debería en ese caso haber perdido nunca la posesión; si no hago rehacer el puente debería, á la inversa, haberla perdido retroactivamente.

«Si el sitio donde se encuentra nuestra cosa se nos hace *enteramente inaccesible, hay pérdida de la posesión*»: así habla Savigny (pág. 340). Invoca para esto la L. 13, pr. *de poss.* (41, 2), donde el jurisconsulto, hablando de las *lapides in Tiberim demersi naufragio et pos tempus extracte*, expresa su opinión en los términos siguientes: *dominium me retinere puto, possessionem non puto*. Cuando llegue á motivar mi propia opinión (XIII), tendré ocasión de poner en su verdadero punto la importancia, por completo perdida de vista por Savigny, de las palabras *post tempus*. Pero aparte de eso, ¿es que acaso el lecho del Tiber era *completamente inaccesible?* La mejor prueba de que no, es que las piedras fueron extraídas *post tempus*. ¡Verdad es que

para eso se necesitaban trabajos de arte! ¿Pero no se necesitan también para restablecer el puente que se ha caído al agua?

Cuando se le ha escondido su cosa en su propia casa, de tal manera que no se puede encontrarla, la posesión continúa, como es sabido. Savigny trata de justificar esta proposición diciendo que «las medidas especiales tomadas para la conservación de la cosa le dan la certidumbre de poderla encontrar *más tarde*» (pág. 341). Pero yo pregunto de nuevo: ¿qué importa la seguridad de encontrarla *más tarde* para la posibilidad de reproducir *de seguida* el estado anterior?

La posesión dura en ausencia de la persona, aunque sea sobre los fundos lejanos, sobre praderías de verano ó de invierno, de las cuales no se goza sino periódicamente y que están en ocasiones alejadas hasta por varias jornadas del lugar donde reside el poseedor. Savigny mismo concede que «este alejamiento, aun cuando hace menos inmediata la facultad de disponer de la cosa, no priva sin embargo de esta facultad en absoluto» (p. 348). Pero si esta facultad menos inmediata, retardada por varias jornadas de viaje, basta, ¿por qué no basta para el animal doméstico que se ha perdido (p. 342), ó para la cartera que he perdido en el bosque en un sitio que yo ignoro? (página 340). Menos trabajo me cuesta enviar mis domésticos en busca del animal ó de mi cartera, que hacer un viaje al fundo lejano.

Si el poseedor pierde la razón, su posesión no cesa por ese motivo (1); más arriba hemos indicado el motivo práctico que ha necesitado esta regla. Podría creerse que Savigny designe esta regla como una regla singular, inconciliable con su fórmula; porque ¿cómo puede hablarse, con respecto á un loco, de la posibilidad de reproducir á voluntad, la voluntad de poseer originaria? Pero la fórmula conserva aquí una docilidad y una flexibilidad notables. «La imposibilidad de querer poseer, no es aquí sino puramente *subjetiva* y *accidental*, así que el poseedor

(1) L. 27, h. t.; L. 4, § 3; L. 31, § 4, *de usurp*. (41, 3).

que olvide durante algún tiempo su posesión ó que acabe de perder la razón, no tendrá con respecto á la cosa poseída diferencia alguna esencial». He ahí un segundo elemento importante para determinar negativamente la noción de la imposibilidad. No se toman en cuenta ni una imposibilidad *pasajera*, ni una imposibilidad *subjetiva* y *accidental*. Pero la imposibilidad que tiene su fundamento en el *ánimo*, ¿no debe ser necesariamente *subjetiva?* ¡Y además qué decir del carácter accidental! ¿La muerte es menos accidental que la pérdida de la razón? Allí la posesión cesa, aquí se mantiene; pero la voluntad falta en los dos casos. ¿Y dónde está escrito que los sucesos fortuitos no tienen el poder de hacer cesar la posesión? ¿No es un suceso fortuito cuando yo pierdo la cosa, cuando el pájaro se escape de mi jaula abierta? Con la misma razón con que Savigny cree poder argüir con el caso en que el poseedor olvida su posesión para aquel en que pierde la razón, se podría argüir con el hecho de que la posesión no se pierda cuando la cosa no ha ido á manos del poseedor, después de largo tiempo, para en el caso en que la ha perdido por completo.

Esos ejemplos bastan para ver cuán poco ha procurado Savigny demostrar la opinión que él mismo sostiene. Todo son restricciones, incertidumbres y contradicciones, evoluciones dialécticas continuas; sólo la casuística y dialéctica del momento, es lo que en cada caso particular decide sobre las cosas esenciales, que no se tuvieron presentes cuando se trató de motivar y fijar las nociones mismas; en fin, trátase, después de todo, de una manera de argumentar que se presta á cualquier combinación, que demuestra siempre lo que es necesario, y que olvida muy pronto lo que acaba de decir un momento antes.

Que Savigny no puede hacer á los jurisconsultos romanos responsables de su fórmula, se prueba sin esfuerzo. Si Savigny tiene razón, es la *ley de la vis inertiæ* la que rige la posesión, es decir, que la posesión continúa siempre desde que hay posibilidad de reproducir el estado originario, aun cuando esta

posibilidad no se traduzca jamás en hechos. La cosa que yo he dejado en el bosque, el fundo lejano que no cultivo ni visito, están siempre en mi posesión, aun cuando pasen cincuenta años en tal estado las cosas. Se podría creer que tal resultado que repugna completamente al aspecto natural de la posesión, hubiera intimidado á los mantenedores del punto de vista de que hablamos, abriéndoles los ojos sobre los textos que dicen abiertamente lo contrario (XIII). Pero tienen una fe inquebrantable en la verdad de su axioma y no sólo han pasado con los ojos cerrados por esos textos, sino que todavía han extremado hasta el fanatismo la consecuencia de esta ley de la *vis inertiæ*.

Cuando por un ejercicio repetido del derecho de paso sobre un fundo vecino, se adquirió la cuasiposesión de un derecho, y luego no se la ejerce durante diez, veinte, y treinta años, ¿qué ocurre con la cuasiposesión? Continúa buenamente, porque nadie se opone á la posibilidad de reproducir el estado originario, es decir, la repetición del paso. Eso es lo que nos enseña Savigny cuando nos remite, para este asunto (p. 481), á los principios que cree haber establecido para la posesión de las cosas, y que considera igualmente decisivos para la cuasiposición de las servidumbres personales. «La continuación de esa especie de posesión depende también, como la de toda otra, de la posibilidad constante de reproducir; la facultad de disponer de la cosa se pierde desde el momento en que esta posibilidad falta» (p. 474). Es verdad que luego se hace una objeción. La servidumbre misma se extingue por un no uso de diez años: ¿qué ocurrirá, pues, con la cuasiposesión cuando la servidumbre se haya extinguido? En ese caso, dice Savigny, «la posesión debe haber sido perdida durante todo el lapso de tiempo intermedio, aun cuando la facultad de disponer hubiera podido reproducirse siempre.»

¡Raro aspecto toma ahí la relación posesoria durante todo ese tiempo! Si el cuasiposeedor se acuerda de la servidumbre y la ejerce el último día del año décimo, habrá tenido la pose-

sión durante toda una serie de años; si se olvida, por el contrario, no la habrá tenido retroactivamente. La posesión, cuya naturaleza de simple hecho se acentúa en otro lugar por Savigny, hasta el punto de que, por ejemplo, no la hace comenzar para la posesión adquirida por el *negotiorum gestor*, sino á partir de la ratificación, porque «el efecto retroactivo que puede aplicarse á los actos jurídicos propiamente dichos, no podrá imaginarse en materia de posesión» (p. 316); la posesión, repito, adquiere aquí efecto retroactivo; durante el simple no uso queda en suspenso, y sólo la reanudación del uso á la aspiración de todo el lapso de tiempo requerido para la prescripción, es lo que probará si la posesión ha subsistido ó no durante el intervalo» (p. 475). Con razón Puchta (1), que sustenta en lo demás la opinión de Savigny (2), anota que esa es una hipótesis puramente gratuita que no parecería justificada más que si entre la existencia del derecho y la posesión hubiera una co-

---

(1) V. su artículo sobre la posesión en Weiske, *Rechtslexicon* II, p. 72.

(2) V. p. 71 ibid. «La cuasiposesión se pierde, pues, no por el no ejercicio, sino por la imposibilidad de ponerse á voluntad en el ejercicio del derecho». El autor de la notable obra publicada recientemente (Randa, *La posesión, según el derecho austriaco, comparada con el derecho común*, etc. Leipzig, 1867, p. 348 y siguientes), se ha colocado resueltamente del lado de Puchta acerca de ese punto, y sólo se detiene ante la consecuencia anotada. Basta para él un solo acto durante los treinta años de la prescripción para que la posesión no sea perdida (p. 350); este mismo acto no es necesario si durante el tiempo requerido para prescribir no se ha presentado ocasión de ejercitar la servidumbre (p. 352). Bruns (*Besitz-Posesion*, p. 475) se adhiere también á esta opinión. Encuentra tan falso que la cuasiposesión consista en el ejercicio de la servidumbre, como que el ejercicio de la propiedad consista en la posesión de las cosas. Sólo para la adquisición de la posesión es para lo que los derechos positivos exigen el ejercicio. La posesión, una vez adquirida por medio del ejercicio, dura tanto tiempo como duran la voluntad y la posibilidad de hecho de reproducir á voluntad este ejercicio. Los defensores de esta opinión pierden de vista por completo que la noción de la *quasi* ó *juris possessio* no era más que una abstracción de los jurisconsultos, mientras el edicto del Pretor, decisivo en esta materia, empleaba siempre la expresión *usus es* en los interdictos cuasiposesorios.

nexión tan esencial, que ésta no pudiera existir sin aquélla: pero se puede ser poseedor mientras el derecho se haya extinguido. Fundándose en esto, hace continuar la posesión aun después de la extinción de la servidumbre por no uso, y se pregunta cuales serían los efectos de esta posesión. A lo cual respondo: ¡Ninguno! Y claro es, los dos efectos de la posesión, la usucapión y los interdictos, suponen el ejercicio de la servidumbre por parte del cuasiposeedor; la primera un ejercicio continuo, la segunda un ejercicio durante cierto tiempo antes de intentar la acción. «De esta manera, dice, queda en pie que la cuasiposesión no puede, en verdad, comenzar, pero que puede continuar sin el ejercicio efectivo; por lo demás, esta proposición está desprovista de efecto práctico, porque esos dos efectos de la posesión no exigen sólo su existencia *in abstracto* (!), sino un estado de ejercicio efectivo.» ¡En realidad, jamás se ha condenado á sí misma una opinión con tanto ingenio! Una posesión á la cual faltan los dos únicos efectos que le dan una importancia jurídica, y que, sin embargo, continúa *in abstracto!* —el cuchillo de Lichtenberg sin hoja... y sin mango! ¿Por qué y por cuánto tiempo se mantiene esta posesión sin efectos? ¿Por qué? Unicamente porque no puede cesar en virtud de una fórmula teórica. ¿Cuánto tiempo? Mientras el poseedor viva, y si se trata de una persona jurídica, eternamente.

Dejemos, pues, tranquila en la eternidad esta posesión que no es de este mundo: allí acaso sea dable comprender una posesión que existe sólo *in abstracto*, aun á aquellos que sobre esta tierra no han visto en ella más que el producto de una dialéctica malsana que atiende al fin práctico y á los intereses del derecho, y que recuerda la escolástica de la Edad Media. Sin embargo, esta invención de Puchta es fecunda en útiles enseñanzas: tiene, á mi ver, un valor incalculable, porque muestra el abismo hacia el cual se corre cuando se quiere encontrar la importancia de la posesión en la posesión misma—*se parte de la idea de la posesión establecida a priori, y se llega á la posesión existente en la idea.*

Volvamos ahora á la posesión de las cosas y preguntemos: La continuación de la posesión sin detención de ninguna especie, por ejemplo, sobre la cosa que he depositado en el bosque y que después he olvidado (Savigny, p. 354, dice «largo tiempo olvidada), ¿es esto más exacto que lo de la cuasiposesión sin el ejercicio? Esta posesión continúa subsistiendo también, sólo porque no puede extinguirse: *posesión abstracta* que nadie ve, que nadie aprovecha, y que nadie, ni aun el mismo poseedor, percibe. Lo que prolonga la duración, es únicamente la supuesta ley de la *vis inertiæ* de Savigny, según la cual una posesión continúa hasta que se produce en el estado de la cosa un cambio que convierta en imposibilidad la posibilidad de reproducir á voluntad la relación originaria. Ya demostraremos más adelante que esta ley es completamente desconocida en derecho romano.

Es cómoda, sin embargo, esta teoría de la *vis inertiæ*: cómoda para el poseedor que puede cruzarse tranquilamente de brazos, seguro de resucitar tal poseedor en el juicio final, supuesto que la voluntad de poseer le siga hasta la eternidad y que no haya sobrevenido ningún cambio en la posición exterior de la cosa. Es cómoda para el juez, á quien ofrece una regla fija, mediante la cual puede, sin romperse la cabeza, establecer fácilmente la existencia actual de la posesión. La posesión no ha cesado por un *actum in contrarium:* debe continuar imperturbablemente; el poseedor debe probar que la posesión ha *nacido*, á su adversario tocará probar que ha cesado de esta ó de la otra manera. De tal modo desaparece para el juez toda ocasión de examinar atentamente la relación posesoria como debe hacerlo; según mi teoría, esos dos polos de la posesión comprenden en sí mismos su continuación y dispensan al juez de examinarla. Pero la comodidad de una opinión no le da derecho por sí sola para tener un valor práctico y científico. De otra suerte, la idea de los jurisconsultos de la Edad Media de hacer más práctica la noción incómoda é indeterminada del derecho consuetudinario, indicando un cierto número de ca-

sos y de años como condiciones del derecho consuetudinario, esta idea, digo, hubiera debido ser adoptada por la ciencia, porque la medida así puesta del derecho consuetudinario es infinitamente más cómoda que su examen interno. Pero no siempre se puede hacer, especialmente en materia de nociones que no descansan sobre un solo acto, sino sobre un estado duradero, como el derecho consuetudinario y la posesión. En ambos se trata de la manifestación exterior; en aquél, de una regla de derecho; en éste, de un derecho, y en ambos no puede prescindirse de obrar desde un *punto de vista*, en lugar de partir de una regla formulada, á menos que no se quiera establecer á costa de la misma idea de la institución una máxima extensa y mecánica. He aquí lo que vamos ahora á investigar y demostrar.

XI

3. La posesión es la exterioridad de la propiedad.

Por exterioridad de la propiedad entiendo el estado normal externo de la cosa, bajo el cual cumple el destino económico de servir á los hombres. Este estado toma, según la diversidad de las cosas, un aspecto exterior diferente; para las unas, se confunde con la detención ó posesión física de la cosa; para las otras, no. Ciertas cosas se tienen ordinariamente bajo la vigilancia personal ó real, otras quedan sin protección ni vigilancia (1). El labrador deja sus mieses en pleno campo, el arquitecto deja en sus obras los materiales destinados á la construcción; pero nadie trata así sus objetos preciosos, sus muebles, etc., etc., todo el mundo los encierra en su casa. El mismo estado, que para las primeras cosas es *normal*, aparece para la segunda *anormal*, como un estado en el cual la exterioridad de la propiedad no se manifiesta habitualmente con respecto á esas cosas, de donde resulta, si nuestra teoría es exacta, que la posesión debe *continuar* para las primeras y *cesar* para las segundas. El que encuentra una cosa de la primera categoría en esta condición, debe pensar que se encuentra allí por la

(1) Se encuentra la misma distinción en los *servi custodori soliti* y *non soliti* de los romanos. V. para estos últimos, L. 18 pr. comm. (13, 6). L. 23 D. R. 3 (50, 17).

voluntad de su dueño, mientras debe pensar lo contrario si encuentra en tal condición una cosa de la segunda categoría. En el primer caso, si toma la cosa para remitirla al poseedor, se ingiere en una *relación de voluntad* extraña, *visible*; no es esto así en el segundo caso, donde, por el contrario, presta un servicio al poseedor tomando la cosa y enviándosela. De esta manera el carácter jurídico de la relación en que esta cosa se encuentra con su propietario, se hace *visible* en ambos casos. La posesión lo mismo que la no posesión es visible, y precisamente esta *visibilidad* es para su *seguridad* de la más alta importancia. En efecto, la seguridad de la posesión no descansa sólo en el elemento *físico*, es decir, en medidas de seguridad tomadas para protegerla, sino también en el elemento *moral* ó *jurídico*, á saber, en el temor de lesionar los derechos de otro, inspirado por el sentido jurídico ó por la ley (1). Si yo paso

---

(1) A pesar de esta alusión directa á un elemento *moral ó jurídico*, no creemos que Ihering atiende al carácter verdaderamente interno de la relación. La limitación en que encuentra Ihering una garantía de la posesión, descansa en la idea kantiana del derecho, por virtud de la que éste encuentra su ley en la coexistencia de las libertades de todos, en el respeto á los derechos de cada uno. Acaso hay que ver en la posesión algo más que la exterioridad de la propiedad. Como exterioridad de la propiedad puede ofrecerse á la contemplación social; pero en el desenvolvimiento práctico de la relación jurídica, desde que se presenta la exigencia racional, solicitando su plena satisfacción, determinando una obligación, hasta que la condición es puesta y la exigencia satisfecha, hay una serie de momentos, de los cuales uno es la *posesión*, que puede en ciertos casos no conducir á la propiedad. Esto, aparte de cuanto repetidamente dejamos dicho respecto de la necesidad de atender á la posesión, no como mera exterioridad, sino como condición esencial de la vida jurídica para exigir su protección y amparo. Después de todo, la seguridad de que Ihering habla, y la cual resulta, según él, del temor de lesionar los derechos de otro, es en el fondo la conciencia del respeto que merecen las condiciones esenciales del derecho en la vida de la personalidad. Por supuesto, dado el punto de vista del concepto del derecho á que vienen respondiendo estas consideraciones, habría mucho que decir si puede conceptuarse elemento jurídico el *temor inspirado... por la ley*, que es por donde Ihering se enlaza una vez más con Kant.—*(N. del T.)*

cerca del lazo puesto por otro en el bosque sin apoderarme del tordo en él cogido, el motivo que me retiene no es de naturaleza física, sino puramente moral: es el respeto á la propiedad de otro. El ladrón, es verdad, no se detiene ante tal motivo; pero para él ni los muros, ni las cerraduras, ni los cerrojos ofrecen una seguridad suficiente, pues como lo prueba la experiencia, se roban muchas más cosas de las que están *in custodia* que de las otras.

He expuesto brevemente hasta aquí la parte esencial de mi opinión; voy á ensayar ahora á la vez motivarla y desenvolverla descomponiéndola en tesis;—forma que facilitará el examen de la misma al lector:

1. El derecho romano admite la posesión en varios casos en que no hay ni vigilancia personal sobre la cosa, ni medidas reales para su seguridad.

Este aserto no necesita pruebas: todos aquellos que conocen la teoría posesoria recordarán los ejemplos de la posesión de los fundos lejanos y de los *saltus hiberni et æstivi;* para las cosas muebles, citaré los esclavos ausentes, y la caza caída en el lazo del cazador (L. 55, de A. R. D. 41, 1). Si la posesión de la caza *se adquiere* aun en ausencia del cazador (L. 55, de A. R. D. 41, 1), no se puede poner en duda que la posesión de los cepos y lazos no *continúe* también durante su ausencia.

2. Esta continuación de la posesión no puede ser explicada por el poder físico (1).

No puede racionalmente hablarse de poder físico sobre la cosa más que allí donde se está cerca de ella, ó bien donde se la guarde de tal manera que es imposible tomarla al primero

(1) La posesión ha de explicarse siempre como la condición de que depende el cumplimiento de un fin racional de la vida, y en cada caso concreto refiriendo la posesión al sujeto de la exigencia, que la tiene como aquel medio que ha de serle prestado para satisfacer una exigencia suya.—*(N. del T.)*

que llegue. Yo tengo un poder de hecho sobre un fundo lejano, mientras estoy *cerca* ó *sobre* él, pero desde que me alejo el poder cesa, y no puedo impedir á otro ocupar el fundo. Es abusar gravemente de las palabras, hablar en ese caso de un poder físico, porque ¿cómo se manifiesta ese poder? ¡De ninguna manera! Es un poder físico del que se burlan las liebres que se comen las hierbas de mi campo, y los niños que juegan en mis mieses. ¡Pasa con ese poder lo que con la cuasi posesión *in abstracto* de que hablaba Puchta, es un poder físico..... sin realidad física; una imagen proyectada sobre lo oscuro por la linterna mágica de la teoría!

3. La posibilidad de reproducir á voluntad el estado originario no basta para hacer admitir un poder físico en esos casos.

En primer término no es verdad decir que esta posibilidad se encuentra en todos los casos donde el derecho romano deje continuar la posesión; que se piense no más que en las dehesas alpestres *(saltus æstivi)* que abandona el poseedor en el otoño, y para los cuales esta tentativa de renovación durante el invierno podría en ciertas circunstancias costarle la vida. Y además, ¿qué importa la posibilidad de la *reintegración subsiguiente* para saber si yo tengo *al presente* un poder físico sobre la cosa? Yo puedo, cuando mi hogar se enfría, reanimarle á cada instante, mas por esto yo no diré que está *caliente* mientras esté frío; la posibilidad no es la realidad.

4. Esta posibilidad, mientras existe, no descansa en el elemento *físico*, sino en el elemento *jurídico* y *moral* de la posesión.

En la primera parte de esta proposición toco una idea que, en mi sentir, aunque no haya sido nunca expresada científicamente, ó quizá á causa de eso mismo, ha servido poderosamente al error que aquí combato. Tiene una cierta apariencia de verdad con relación á los objetos que el poseedor tenía bajo su

guarda personal ó real *(custodia)*, pero aun para esos objetos no es verdad más que á medias. En efecto; no es á los muros, á las cerraduras y á los cerrojos, á las cajas y las bolsas sólo á lo que yo debo la seguridad de mis cosas muebles, sino que á esos obstáculos *exteriores* que yo opongo á las asechanzas de otro, se juntan también las barreras *invisibles* con que el derecho rodea mi propiedad (1); el orden jurídico, el sentido jurídico extendido en el pueblo, el temor del ladrón á ser descubierto y castigado. Los pocos artículos del Código penal sobre el robo, el pillaje, la defensa privada pesan más que todas esas medidas de seguridad mecánica; que se suponga por un momento esos artículos borrados..... y se verá qué poca importancia tienen esas últimas.

En los casos citados, y en muchos que más adelante encontraremos, la seguridad de la posesión descansa *exclusivamente* en esas garantías morales y jurídicas. Sólo á su eficacia y no á otra circunstancia deberá el poseedor de un fundo el estar casi cierto de que ningún otro se aprovechará de su ausencia para apropiarse la posesión (2). Esas garantías y no su relación física con la cosa, son las que le asegurarán la posibilidad, de que ha-

---

(1) Y que para quien mira el derecho como relación de intereses de carácter ético, cuyo cumplimiento dependa de la *libre voluntad* de los no obligados, son las que más importan. La posesión, como hecho, puede encontrar en los interdictos una garantía y amparo para los momentos críticos de su existencia; pero sólo en la conciencia personal, libre, de cuantos se reconocen obligados, y ven en la posesión de éste ó de otro semejante una condición esencial de su vida racional, encuentra la garantía y el amparo permanentes, de todos los días y horas.....—*(N. del T.)*

(2) Aunque Ihering señala los motivos *reales* que en el estado actual social dan seguridad á la vida ordinaria normal de la posesión, es muy discutible que todos los que indica como *jurídicos* y *morales* lo sean: por ejemplo, el temor del ladrón al Código penal; dado que el derecho radica en la intención del bien (libremente querido), puede decirse que quien obra bajo el temor de una pena, el que respeta el derecho, no porque sea derecho, sino por miedo al látigo, ¿obra por motivos morales y jurídicos? ¿Por qué otro motivo obra la fiera ante el látigo del domador?—*(N. del T.)*

bla Savigny, de reproducir á voluntad la relación originaria; sin ellas su confianza en esta posibilidad no sería muy fundada, pues sería una posibilidad puramente abstracta; cualquiera podría darle fin. Es uno de los errores más fecundos en consecuencias, y de los más fatales que se han cometido en la teoría posesoria, el haber fundado la seguridad de la posesión y con ella la posesión misma en el punto de vista de la seguridad mecánica del poder físico. La seguridad de la posesión descansa esencialmente en la *protección jurídica* concedida á la relación de derecho del hombre sobre la cosa.

5. Los intereses prácticos de la vida social son los que deciden á qué relación externa del hombre con la cosa debe el legislador conceder esta protección.

Según la opinión que aquí combato, y para la cual el legislador en materia de posesión se guía únicamente por la idea de que el poder físico del hombre sobre las cosas merece una protección jurídica, el legislador mismo y la jurisprudencia no habrían tenido tarea más esencial que la de establecer con la mayor precisión la noción del poder físico, y los casos en que se debe admitirlo. El derecho romano, según esto, habrá desconocido tal deber, admitiendo la posesión en ciertos casos en que esta condición falta por completo (1).

Si, por el contrario, la intención del legislador ha sido, como hemos dicho más arriba, completar la protección de la propiedad, no son las investigaciones lingüísticas sobre la palabra *posesión* las que deben decidir en qué caso se debe conceder la protección posesoria, sino los intereses de la propiedad, y toda la cuestión de la relación de la posesión y de la protección posesoria se reduce, según hemos notado, á lo siguiente: la protección posesoria no se concede en los casos donde hay po-

(1) Además de los casos citados más arriba (tesis 1.ª), citaré el de la adquisición de la posesión por el padre sobre el peculio de su hijo, cuya existencia se ignora por completo: L. 4, *De poss.* (41, 2)... *quamvis* IGNORET *in sua potestate filium: Amplius etiam si filius ab* ALIO *tanquam servus* POSSIDEATUR.

sesión en el sentido de la palabra, pues no reconocemos la posesión, jurídicamente hablando, más que allí donde se puede conceder la protección posesoria, sin preocuparnos por saber si el uso lingüístico vulgar se halla ó no de acuerdo con nosotros.

Es, pues, el interés de la propiedad lo que determina la protección posesoria y con ella la noción de la posesión; allí donde los motivos prácticos hacen conceder la primera, el jurisconsulto debe llamar posesión el estado de la cosa, aunque (como, por ejemplo, en el caso del esclavo fugitivo) este estado no tenga nada de posesión en el sentido natural de la palabra.

6. El interés de la propiedad se opone á que se limite la noción de la posesión á la tenencia física de la cosa (1).

El ejercicio de la propiedad mediante el goce efectivo de la cosa no está ligado, para una porción de cosas, á la necesidad de una seguridad personal ó real; su destino económico ó su carácter natural hacen á menudo que se encuentre desprovisto de toda protección ó vigilancia. El campesino no puede para impedir la ingerencia de un tercero, rodear sus campos de muros, no puede hacer guardar por un centinela sus mieses, ni el ganado que se haya en sus prados. El pastor suizo abandona en la primavera su dehesa alpestre; el hostelero, establecido en las cimas, abandona su hostería de verano; el poseedor de una casa de campo la abandona también, y ninguno deja á nadie para guardar la casa y el mobiliario que en ella queda (2).

---

(1) Y se opone también el mismo concepto y naturaleza de la relación jurídica; la posesión implica que la condición de que el cumplimiento de esta relación depende, está, digámoslo así, dentro de la esfera de *atracción psicológica* de nuestra finalidad racional, importando poco: 1.°, que no esté dentro de la esfera de nuestra acción física; y 2.°, que ignoremos hasta nuestro derecho á la condición, para que determine todo ser libre que no ignore esas circunstancias (que nosotros ignoramos), la obligación de respetar el estado posesorio. Todo ello porque el cumplimiento del derecho pende siempre más del ser de la obligación que del de la exigencia.—*(N. del T.)*

(2) El *nuevo ejemplo de la época actual* que Barón (Anales, VII, p. 144) cree haber encontrado en las casas de campo, que él opone á la *saltus æstivi et hiberni*, se encuentra ya en Teófilo, IV, 15, § 5 *(suburbana)*.

¡Cuántas ramas de la industria no hay que exigen precisamente que los objetos necesarios para su ejercicio queden al descubierto y sin vigilancia! El cazador deja sin vigilancia en el bosque sus cepos y lazos, el leñador la leña que ha cortado, el pescador deja su pesca en sus redes, el cantero deja la piedra en las canteras, el minero la hulla en la mina, el arquitecto los materiales de construcción en la obra, el barquero carga su barca de harinas, piedras y madera en el lugar de embarque sin dejar luego ningún guarda; cuántos buques quedan vacíos en el puerto, en invierno, mientras los hombres de su tripulación van á sus casas; cuántas barcas están atadas á la orilla de modo que cualquiera puede desatarlas (1). En la mayoría de esos casos, la necesidad de una *custodia* especial, con el fin de mantener la posesión, conduciría indudablemente á este resultado: que se prefiriría renunciar por completo á la protección posesoria, á procurársela de una manera tan molesta, costosa, y hasta prácticamente irrealizable á veces. ¿El legislador habrá de negar la protección posesoria á esas relaciones..... por qué motivo? ¡Unicamente por amor á esa idea fija de que la posesión es la detención corporal de la cosa!

Pero esta idea es absolutamente falsa: la noción posesoria prácticamente posible no puede ser más que la siguiente:

7. La posesión de las cosas es la exterioridad de la propiedad.

Sólo esta noción puede expresar cómo la posesión y la pro-

---

(1) Esos casos bastan por sí solos para demostrar convenientemente lo insostenible de la opinión de Barón, que ha tratado en sus *Anales* (VII n. 2), de fundar la continuación de la posesión en la *custodia*. Su custodia *objetiva*, que desde el fundo mismo puede ejercer el poseedor sobre todos los objetos que en él se encuentran, no le presta el servicio siquiera de un espantajo, porque éste espantará algunas veces los gorriones, mientras que la *custodia* no aleja á nadie. V. en sentido contrario á Ad. Exner. *Die Lehre von Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischen und gemeinem Recht (La teoría de la tradición según el derecho austriaco y el derecho común). Viena*, 1867, p. 109 y siguientes.

piedad se cubren mutuamente, según lo quiere el interés del comercio. Concebida así la posesión, acompaña siempre á la utilización económica de la propiedad (1) y el propietario no tiene que temer que el derecho le abandone mientras use de la cosa de una manera conforme á su destino.

8. La forma exterior de esa relación de hecho es diferente según la diversidad de las cosas.

Una teoría posesoria que, como la dominante, no entreve la influencia que ejerce la diversidad de las cosas sobre el aspecto exterior de la relación posesoria, y que enuncia para todas la misma fórmula, es *a priori* errónea, y conduce á resultados completamente absurdos. Si yo conservo la posesión del abono ó de la arena que he hecho transportar á mis fundos y que yo he dejado allí durante todo el invierno, yo debo según esta teoría conservar también la posesión sobre los cofres ó cajas que abandono de la misma manera sobre mi fundo—la reproducción de la relación originaria, es decir, el hecho de trasladarme á él, no es más dificil en un caso que en el otro. Si, por el contrario, yo pierdo la posesión de estas últimas cosas porque yo no la tengo bajo mi *custodia*, es preciso por el mismo motivo que yo pierda también la posesión de las primeras.

El derecho romano ha reconocido en muchos casos la influencia de la diversidad del empleo económico de las cosas, como los *saltus æstivi et hiberni* (2), los esclavos (3), los animales (4) y de una manera general con respecto á la diferencia entre las cosas muebles é inmuebles (5). El punto de vista desde el cual se coloca, no es otro que el nuestro. La forma nor-

(1) Como que es un momento esencial; para llegar á la aplicación del medio al fin *(utilidad)* hay que empezar por *poseer* el medio y luego *usarlo*. De ahi dos momentos, *posesión* y *uso*, que llevan á la *propiedad*.—*(N. del T.)*

(2) L. 3, § 11, (41, 2)... *quamvis certis temporibus eos relinquamus.*

(3) L. 3, § 13, ibid *excepto nomine*, L. 13, p. ibid.

(4) L. 3, § 13-16, ibid.

(5) L. 3, § 13, cit., *res moviles.*

mal bajo la cual el propietario ejerce su propiedad, con respecto á los *saltus æstivi et hiberni*, consiste en que el mismo no las usa sino periódicamente, abandonándolos periódicamente también: con respecto á los esclavos, en que los deja ir y venir libremente (á menos que tenga motivos de desconfianza), enviándoles hasta de viaje y confiándoles el cuidado de sus negocios en países lejanos (1); con respecto á los animales domésticos y los salvajes amansados, en que se los deja entrar y salir con libertad (2). Para la mayor parte de las cosas muebles, por el contrario, esta forma consiste en que el propietario las tiene en su casa. A éstas se refiere Celso cuando enuncia esta regla en la L. 3, § 13, cit.: *res mobiles escepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri*.

Esta regla no se aplica á las cosas para las cuales una *custodía* en ese sentido no se usa. Así lo demuestra el ejemplo de la caza cogida con el lazo. (L. 55, de A. R. D.) Si la posesión comienza sin *custodia*, con mayor razón continúa sobre la caza y sobre el lazo mismo. Y si la posesión no se pierde inmediatamente con respecto á las cosas caídas al agua (3), menos debe perderse cuando los materiales de construcción se encuentran en el lugar donde yo quiero construir, aunque no bajo mi inmediata inspección. No hay, pues, para mí duda alguna de que se debe admitir en todos los casos citados que la posesión continúa, aun cuando la cosa no sea objeto de vigilancia alguna.

De conformidad con esto podemos afirmar:

9. La existencia de la posesión es cuestión de pura experiencia, es una cuestión de la vida ordinaria.

La cuestión de saber si se debe admitir una posesión se resuelve simplemente según la manera como el propietario tiene costumbre de tratar las cosas de la especie á que aquélla

---

(1) L. 1, § 14, h. t. *quos in provincia habemus*.

(2) L. 4, L. 5, § 5, de A. R. D. (41, 1). L. 3, § 13, 16 cit.

(3) L. 13, p. h. t. v. XIII.

se refiere. Dada esa teoría, todo ciudadano ó campesino puede resolver esta cuestión; con la de Savigny ni el mismo jurisconsulto puede resolverla, porque el punto de vista desde que debe colocarse á ese fin, el de la posibilidad ó imposibilidad de la reproducción á voluntad del estado originario, es, según hemos visto, tan indeterminado y tan elástico, que su autor mismo no ha sido capaz de establecerlo con fijeza. ¡Desde él puede demostrarse todo lo que se quiere!

Con esta concepción de la posesión se enlaza por vía de consecuencia:

10. La gran ventaja que presenta para los terceros la facultad de reconocer la existencia de una relación posesoria.

La cosa misma, por el estado en que se encuentra, anuncia su relación posesoria. Si este estado es *normal* para ella, toda persona que la encuentre debe decirse que esa relación local no descansa en el simple azar, sino en la intención, y que la cosa cumple precisamente en este estado su destino económico (1), que *sirve* al propietario. Si es *anormal* este estado para ella, verá de este modo que la cosa se haya *sustraída* al servicio del propietario, y que la relación de *propiedad* está *perturbada* de hecho. La madera depositada cerca del edificio nos anuncia que está en posesión de alguien; la madera que la corriente arrastra hasta mí me anuncia una posesión perdida; las trampas y lazos que encuentro en el bosque me anuncian que están allí *por* la voluntad del propietario. Según la teoría de Savigny, el tercero, en la mayoría de los casos, no estaría en estado de resolver la cuestión de si existe ó no posesión. En efecto, ¿cómo puede saber ó no si el propietario se encuentra en estado «de reproducir el estado originario», si está cerca ó

(1) Es decir, la cosa está dentro de la esfera de *atracción* de la finalidad racional de un ser, posición que impone la *obligación* de respetarlo á todos.—*(N. del T.)*

lejos, si ha partido, huído, si está enfermo ó ha muerto? Y sin embargo, es para él de la mayor importancia resolver esta cuestión porque:

11. La *visibilidad* ó la *posibilidad concreta de reconocer* la posesión es de una importancia decisiva para su seguridad.

Para el ladrón esta cualidad no tiene influencia alguna, mas para el hombre honrado es decisiva (1). El hombre honrado, en el caso que yo acabo de citar, dejará la caza sin tocarla, pero recojerá el reloj para devolvérselo á su verdadero propietario. Por esto precisamente estoy autorizado para tener por un ladrón aquel que sorprendo en la casa, porque la aprehensión de éste no puede ser interpretada sino por la intención premeditada de apropiársela—y no tengo el mismo derecho con respecto al que ha encontrado el reloj, porque su acción puede ser explicada de dos maneras, y por tanto, sólo su actitud consiguiente demostrará cuál de las dos es la cierta. No se puede, á mi ver, encontrar un punto de apoyo sólido para esta cuestión tan interesante de la intención fraudulenta, sino en mi teoría, mientras que la de Savigny no nos presta auxilio alguno á este propósito.

Termino aquí el examen de la relación interna de la posesión ó de lo que se llama el *corpus*. Me quedará todavía por demostrar el paralelismo del segundo elemento de la posesión, ó sea el *animus*, con la exterioridad de la propiedad. Si no emprendo esta tarea es porque, según tengo dicho al principio, he elegido la crítica del llamado *animus domini* para objeto de

---

(1) ¿Y por qué? He ahí el fundamento del respeto á la posesión y de su protección y amparo. Porque el hombre honrado ve que la cosa *es de otro*, y que el derecho le obliga á prestarle la *condición* de respetar la posesión para que cumpla éste sus *fines* racionales, condición que quedaría negada desde el momento en que él se apoderase de la cosa, privando así al poseedor del momento esencial por virtud del cual se puede aprovechar de ella.—*(N. del T.)*

un tercer estudio (1). Pero aun fuera de esta circunstancia, me ahorraría una demostración más minuciosa, porque la exactitud de mi punto de vista en este asunto, se manifiesta tan abierta y tan palmariamente, que el mismo Savigny ha reconocido su verdad, cuando ha formulado la voluntad de poseer como *animus domini*—testimonio éste que pesa tanto más en la balanza, cuanto esta fórmula se acomoda muy poco, en mi concepto, con su noción de la posesión. En efecto, si la posesión es el poder físico sobre la cosa, ¿cómo la voluntad de poseer no está determinada por esta noción sólo, en lugar de estar determinada por la noción de propiedad? La inconsecuencia en que cae Savigny prueba que la lógica interna de las cosas no ha permitido desconocer su punto de vista ni evitarlo.

Sin penetrar más allá en la materia, me será permitido, sin embargo, añadir á la tesis precedente la siguiente:

> 12.—La diferencia entre el *animus possidendi* y *alieno nomine detinendi*, no encuentra una explicación suficiente sino desde el punto de vista de la exterioridad de la propiedad.

Resumiendo ahora las explicaciones precedentes, puedo decir que la noción de la posesión que he establecido ha resistido á todas las pruebas, tanto en lo tocante á su *legitimidad* y *necesidad legislativa*, como en lo relativo á su *aplicación práctica* y á su *concordancia con el derecho romano*. Todo lo que este

---

(1) Es precisamente de los otros tres, que según el lector ha visto anuncia Ihering, el único que ha escrito y publicado. Los otros dos renunciará ya en vida á escribirlos, según él mismo dice en el prólogo, al que trata del *animus domini*. A pesar de todo esto, puede considerarse que donde Ihering expone puntos de vista más generales sobre la posesión es en el que ahora damos á luz en español. En el que dedica al *animus*, y que bajo el título de *Du rôle de la volonté dans la possesion* se tradujo al francés, se circunscribe á este punto concreto especial. Es interesantísimo y abrigamos la esperanza de poder publicarlo en español. Respecto de la posesión publicó Ihering un artículo, que, aunque no muy largo, abarca toda la teoría. Puede verse en el *Diccionario de ciencias políticas* de Conrady Elster (1890).—*(N. del T.)*

último contiene sobre esta materia, las acciones posesorias, las condiciones de capacidad de la persona y de la cosa, el paralelismo entre la posesión y la propiedad, la determinación del *corpus* y del *animus*, todo ello gravita alrededor de la propiedad como su centro visible. Adquirida esta convicción y concebida, para conformarnos á ella, la posesión de las cosas como exterioridad de la propiedad, nos es dable representarnos la conexión íntima que existe entre la posesión de las cosas y la de los derechos, y establecer la noción más elevada de la posesión, á la cual esas dos formas están subordinadas como subvariedades, á saber:

13. La posesión es la exterioridad del derecho.

La teoría del poder físico tiene que recurrir á la noción del ejercicio de la propiedad para llegar de la posesión de la cosa á la de los derechos (Savigny, p. 192). Pero en lugar de poner la cuestión así, y saber si las nociones del poder físico sobre la cosa y del ejercicio de la propiedad son correlativas, y en lugar de explicar por qué en la posesión sobre la cosa el ejercicio del derecho está enlazado al poder físico, mientras no lo está en la cuasiposesión, pasa rápidamente sobre el asunto y no lo trae á cuento sino para retirarlo inmediatamente después que le presta el servicio pedido. Aún más: el prejuicio de que la esencia de la posesión consiste en el poder físico, va tan allá, que Savigny (p. 193) disputa á la misma cuasiposesión su derecho al nombre de posesión, y no quiere ver en esto empleo de una misma palabra (1)—prueba evidente del reconocimiento de su homogeneidad interna, atestiguada por la abstracción jurídica—más que una *dura necessitas*, engendrada por la pobreza del lenguaje, como si hubiera sido difícil á los romanos adoptar la expresión de que se servían los

(1) El derecho moderno confirma el sentido de Ihering. Nuestro código civil, como es sabido, habla de *posesión* sólo, y comprende la de las cosas *(posesión)* y la de los derechos *(cuasiposesión)* bajo la misma palabra.—*(N. del T.)*

interdictos posesorios para designar esa relación *(usus es)* á la cuasiposesión, mediante una adición cualquiera, por ejemplo, *usus juris!*

La expresión *juris possessio* empleada por la jurisprudencia romana para designar la exterioridad de las servidumbres, es á mis ojos la mejor prueba de que lo que entendía por *possessio*, con respecto á la propiedad, podía perfectamente ser aplicado á las servidumbres, ó en otros términos, que no se trata del poder físico sobre la cosa, sino de la exterioridad de la propiedad.

Tenemos que examinar ahora la aplicación de nuestro punto de vista á la teoría sobre la adquisición y pérdida de la posesión. Séanos permitido invocar una expresión general que nos servirá á la vez de conclusión de toda la investigación que precede y de motivo y epígrafe de lo que sigue. Doy poca fuerza probatoria á tales expresiones generales, pero puedo en todo caso servirme de esta como simple fórmula, conforme á las fuentes de mi teoría posesoria. Se trata de las expresiones de lá L. 2, Cod. *de poss.* (3, 32)... *cum ipse proponas te diu in possessione fuisse* OMNIAQUE UT *dominum gessisse.* No se podría expresar mejor en latín mi punto de vista de la exterioridad de la propiedad que con estas palabras:

OMNIA UT DOMINUM GESSISSE.

XII

4.—Aplicación á la adquisición de la posesión.

La cuestión del origen tiene para la posesión bastante menos importancia que para la propiedad; para ésta se confunde por completo con la cuestión de *existencia*:—el que quiere probar la existencia de su propiedad no puede hacerlo sino proporcionando la prueba de su origen ó del motivo que la ha engendrado;—no pasa lo mismo con la posesión, porque allí donde se trata sólo de la existencia de un estado de hecho que puede ser demostrado como tal, por ejemplo, la existencia ó la tenencia de una cosa, no hay razón para remontarse hasta el origen. Si no obstante se agita esta cuestión, aun para la posesión, es en parte á causa del interés que ofrece el momento en que la posesión ha comenzado (usucapión), y en parte á causa de la facilidad en la prueba que el examen del origen de la posesión pueda proporcionar, en ciertas circunstancias dadas, para la demostración de su existencia. Nuestra práctica actual reconoce el mismo principio, que se encuentra atestiguado por Paulo, Smit. Rec. V, 11, § 2, para la práctica romana: *Sufficit ad probationem (traditæ possessionis) si rem corporaliter teneam.* Para demostrar la posesión de mi casa, de mi ganado, etc., no tengo necesidad de probar que he *adquirido* la posesión; salta á la vista que yo poseo. Lo mismo puede decirse del campo que he cultivado hasta hoy día. Pero ¿qué decir de la posesión de un fundo que yo he comprado el invierno último, del

que yo recibí la tradición, y que no he cultivado hasta ahora? ¿Cómo probar aquí el *estado* de mi posesión? En ese caso, se ve que no queda más remedio que remontarse hasta el *acto de adquisición* de la posesión.

Más arriba hemos visto que la *visibilidad* de la posesión tiene una influencia decisiva sobre su *seguridad*, y toda la teoría de la adquisición de la posesión debe, en mi sentir, referirse á esta *visibilidad. El propietario de la cosa debe ser visible: omnia ut dominum fecisse oportet.*

¿Pero cómo se hace visible? Es un error asentar la adquisición de la posesión sólo sobre el *acto de aprehensión* del poseedor; porque así no se puede evitar la condición de la presencia del poseedor cerca de la cosa, á menos que no se prefiera, como Savigny, pasar adelante sin inquietarse por ello. Un fabricante de ladrillos lleva, cerca de mi edificio, los ladrillos que yo le he pedido; aquel que me ha vendido el abono lo ha transportado á mi campo; el jardinero conduce los árboles á mi jardín; ¿es necesario que yo vea esas cosas para adquirir la posesión? De ninguna manera; como yo no necesito ver el tonel de vino que se descarga en mi ausencia en el vestíbulo de mi casa, ó el paquete de libros que se ha depositado en mi despacho (1). Se diría que lo que la L. 18, § 2, *de poss.* (42, 2) y L. 9, § 3, De J. D. (23, 3) deciden para la entrega en la casa *(in mea* DOMO *deponere... inferantur in* DOMUN *ejus)* debe restringirse á ese caso y no puede ampliarse al patio, al jardín, al lugar donde yo edifico, etc., etc. ¿Se dirá que para adquirir la posesión de los huevos puestos por mis gallinas ó mis palomas es preciso que yo los vea?

De todas suertes, sería imponer al poseedor una formalidad inútil, obligarla á transportarse cerca de la cosa para adquirir la posesión de la misma, porque la simple vista de la cosa—la

---

(1) Exner, *Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition;* Viena, 1862, p. 92, añade el ejemplo de los cepillos para los pobres, expuestos en los sitios públicos.

aprehensión no es necesaria para adquirir la posesión—no cambia en nada su posición. Esto basta perfectamente para señalar el poseedor á todos como propietario de hecho.

En todos estos casos, á los cuales es preciso añadir el de la ocupación de la caza y de la pesca, mediante trampas y redes, y la adquisición de la posesión y de la propiedad por el propietario del rebaño, sobre las cabezas reemplazadas por el usufructuario, la posesión nace, pues, en ausencia y sin la aprehensión del poseedor, suponiendo en él la voluntad de adquirir. ¿Esta voluntad, debe probarse? No, ciertamente. La relación de hecho encierra en sí misma la presunción de la voluntad del poseedor, *sufficit ad probationem, si rem* CORPORALITER *teneam;* al contrario, toca alegar y probar el defecto de la voluntad. Después de las consideraciones, en las cuales me he detenido antes, no tengo necesidad de insistir sobre la relación íntima que existe en estos casos citados, entre la cosa que te adquiera y la manera de adquirirla. Yo adquiero inmediaamente la posesión del abono que ha sido llevado durante mi susencia á mi campo, pero no adquiero la posesión del tonel de vino que locamente hice descargar en aquel sitio. El cazador se hace poseedor de la caza, pero no del pañuelo que encuentra en su trampa, y de que yo adquiera la posesión de las cosas inanimadas que han sido depositadas en el vestíbulo de mi casa, no se siguen que yo adquiera la del canario ó del mono que en ese mismo vestíbulo fueron puestos en libertad natural por el mensajero que me los llevaba y que no encontró á quien entregarlos. La posición de la cosa, que debe proporcionarme la posesión, debe ser la que habitualmente tienen en la vida las cosas de la misma especie.

Si ahora examinamos la adquisición de la posesión procurada por un acto de aprehensión personal, el punto de vista del poder físico al cual Savigny lo refiere, podría conciliarse perfectamente con el mío; la exterioridad de la propiedad. No había, en verdad, manera mejor de mostrar visiblemente y de poner en relación la exterioridad de la propiedad, que some-

tiendo la cosa á su poder físico. Pero esto no basta en realidad. Hay casos donde se realiza, y donde, sin embargo, se niega la adquisición de la posesión; otros donde falta, y donde á pesar de eso se admite esta adquisición. El heredero sabe, por los papeles de su autor, que éste ha guardado su tesoro en un sitio determinado de un punto de la casa habitado por el heredero; éste va á ese sitio y comprueba que responde á la descripción que su autor ha hecho de él. ¿Ha adquirido la posesión del tesoro? Savigny responde afirmativamente, de acuerdo con algunos jurisconsultos romanos antiguos; pero la jurisprudencia nueva responde negativamente, y exige para la adquisición de la posesión el *loco movere* (1). ¿Por qué? Sabino responde: *quia non sit* SUB CUSTODIA. No puede haber aludido con esto al poder físico, porque no falta en ese caso, puesto que en la L. 44 cit. Papiniano supone que el propietario entierra el tesoro *custodiæ causa*, es decir, para mayor seguridad física. Lo que falta es la relación de hecho en la cual la cosa sería colocada por toda persona que realmente tuviera la intención de apropiársela; el *loco movere* contiene la *comprobación de la voluntad de ser propietario*, el *omnia ut dominum fecisse* aplicado á la *adquisición* de la cosa. Supongamos otro caso. Cualquiera encuentra una cosa, pero no le conviene llevarla inmediatamente y resuelve volver más tarde á buscarla, pero en el intervalo otro se adelanta. ¿Cuál de los dos adquiere la posesión? El último, según mi opinión; el primero ha tenido, sí, momentáneamente el poder físico sobre la cosa, circunstancia que, según Savigny, bastaría para *procurarle* la posesión, bastando, además, la posibilidad de reproducir á voluntad el estado originario para *conservarla*, pero yo le niego la posesión. En efecto, no ha hecho lo que en su lugar haría toda persona que hubiera tenido un interés por la cosa. Un enjambre de abejas que pertenece á otro se ha posado en mi arbol; un tercero se apropia del enjambre y de los panales de miel; ¿hay

---

(1) L. 3, § 3, L. 44 pr. de poss, (42, 2), L. 15 ad exh. (10, 4.)

aquí robo? No, dice el jurisconsulto en la L. 5, § 2, 3 de A. R. D. (41, 1). Se puede negar que yo tenga el poder físico sobre el enjambre, porque puede en cualquier momento marcharse, pero los panales están fijos en el arbol. Si, no obstante, se me niega la posesión, no puede ser, repetimos, sino porque yo no hice lo que no debía omitir si yo hubiera dado verdadero valor á esos panales; apoderarme de ellos. Varias cosas pertenecientes á mi vecino han caido en mi jardín ó en un patio: ¿tengo yo la posesión de ellas? Tengo, sí, el poder físico sobre las cosas, y como conozco y dejo subsistir el estado en que se encuentra, deberá añadirse que tengo también la voluntad de poseerlas. Sin embargo, la L. 5, § 5 *ad exh.* (10, 4), me niega la posesión. ¿Por qué? ¡No tengo más que repetir la anterior respuesta! No he manifestado la voluntad de apropiármelas; pero si traslado esa cosa á mi granja, ya habré adquirido la posesión.

Si resumimos el resultado del estudio á que nos hemos entregado hasta aquí, veremos que el punto de vista del poder físico, en cuanto á la adquisición de la posesión, no resiste al examen, ni en el caso en que la posesión se adquiera en ausencia del poseedor sin que el poder exista, ni en el caso en que la existencia de su poder debiera tener como consecuencia la adquisición de la posesión. En lugar de ese punto de vista, hemos presentado otro que es decisivo, y que designaremos con las palabras: *comprobación del hecho de la intención de ser propietario*. Llega á ser poseedor, conforme á esto, aquel que ya ha puesto ó hace poner la cosa en una posición que corresponda á la propiedad y que de este modo le señala como pretendiente á la propiedad. Veamos si podemos aplicar esta regla á los demás casos de adquisición de la posesión.

Para la mayoría de las cosas, este estado se confunde con la detención corporal; se tienen generalmente cerca de sí ó en su casa las cosas muebles; la casa misma se habita; y la intención de ser propietario se atestigua para esas cosas por la sola existencia de este estado, cuyo acto de aprehensión no es más que el primer momento. Pero hay cosas para las cuales una apre-

hensión en ese sentido es completamente imposible. Para todas las cosas inmuebles, principalmente, que están libres y al descubierto: campos, pastos, praderías, bosques, lagos, terrenos para edificación, esta detención corporal, ó para hablar como Savigny, el poder físico falta; la propiedad sobre esas cosas no se manifiesta en el estado de la cosa misma, sino por *actos aislados* del poseedor, que se repiten periódicamente. Se reconoce el propietario del campo en aquel que siembra en él, etc., etc. Para la adquisición de la posesión aquí, deberá exigirse la repetición no interrumpida de esos actos. Si el derecho no lo exige, y sustituye en ese caso á la toma *real* de la posesión, la manifestación de la intención jurídica, no se puede desconocer, en verdad, que eso no sea necesario; pero no podemos tampoco ignorar el aspecto particular que aquí reviste la adquisición de la posesión. El comprador del campo ó del bosque debe tomar posesión de él. ¿Qué debe hacer para este efecto? Se traslada solo ó con el comprador al fundo. ¿Y después? Si ve, inspeccionará la finca. Si es ciego no tiene ni este recurso, y se vuelve, según la teoría de los jurisconsultos, con la conciencia de haberse apropiado de esta manera *físicamente*, con su poder, el fundo! Pero si eso fuera cierto, sería preciso afirmar lo mismo en el caso en que otra persona cualquiera realizara el mismo paseo con intención de apropiarse la posesión; ahora bien: para otro, ni el paseo ni la inspección tienen absolutamente efecto alguno¡! Que se compare con eso la adquisición de la posesión sobre las cosas muebles. El mismo acto de aprehensión que procura al *comprador* la posesión de las cosas muebles, le basta con el propio fin al *ladrón* y al *bandido*. ¿Por qué tal diferencia?... Responder..., porque para las cosas inmuebles la *dejectio* del poseedor no es posible en su ausencia y una nueva posesión no puede comenzar mientras la antigua subsista, no es decir nada; pues ¿por qué la posesión continúa para las cosas inmuebles y no para las muebles? Si la presencia sobre el fundo con la intención de tomar posesión del mismo, es *por sí misma* suficiente para procurar el poder físico y con él la

posesión, ¿por qué debe ésta limitarse á la persona del comprador, y por qué no puede extenderse á la del ocupante supuesto? No se obtiene una respuesta satisfactoria sino rindiendo homenaje á la verdad y reconociendo que este acto no procura el poder físico sobre la cosa, sirviendo sólo para comprobar la *transmisión de la posesión* y *de la propiedad*, que se realiza mediante el acuerdo recíproco. Lo que falta á este acto en fuerza *real* y en eficacia, es decir, con relación á la sumisión física de la cosa, se suple mediante las circunstancias *jurídicas* que le acompañan (1). En éstas es donde reside toda la energía del acto; sin ellas lo que queda no es más que un simple paseo (2). Es un puro prejuicio creer que este último es el único medio de comprobar la voluntad de aprehender; se le puede sustituir por cualquier otro, y sólo la necesidad de tener un acto *exterior* de aprehensión uniforme ha elevado el paseo al honor de ser manifestación de la voluntad de aprehender. Mientras que en otros casos la aprehensión es un acto *real* que tiene por objeto entre-

---

(1) Tal es el sentido de las palabras de Ulpiano en la L. 34, pr. 4, ts. ANIMO *acquiri possessio potest*, es decir, la adquisición de la posesión no descansa aquí en el poder físico, sino en la acción jurídica; así es como la L. 26, Cód. *de donat.* (8, 54), declara posible hasta la donación de un fundo á un *infans* en la persona de su esclavo: *omne jus compleat instrumentis ante praemissis*. La misma antitesis parece haberse tenido presente en la L. 10, Cód. *de poss.* (7, 32) cuando dice: *duplicem esse rationem possessionis, aliam, quae jure consistit, aliam, quae corpore*.

(2) Aplicando estas consideraciones al caso de error sobre el objeto, yo llego á esta consecuencia, que la transmisión de la posesión está excluída por el error en cuanto á las cosas inmuebles y no en cuanto á las muebles. Este acto expresamente reconocido para las primeras por la L. 34, pr. 4, ts., en cuanto á las segundas, no conozco testimonio alguno positivo de nuestras fuentes. Asimilar esos dos casos sería tan poco fundado como aplicar las reglas que conciernen á la apropiación unilateral de las cosas inmuebles á la de las cosas muebles y viceversa. Para estas últimas, lo que decide en todos los casos es la apropiación física unida á la voluntad de poseer, sin examinar cómo se concilia con la voluntad del precedente poseedor. Para las cosas inmuebles, por el contrario, la imperfección de esta apropiación no puede ser suplida más que por la actitud del precedente poseedor.

gar efectivamente la cosa á aquel que la recibe, aquí es una pura formalidad. No veo qué diferencia hay para el comprador en declarar en justicia y ante un notario y testigos, su intención de querer por esa manifestación tomar posesión del fundo que le ha cedido el vendedor, ó en trasladarse al fundo para *verlo*—cosa que ciertamente habrá hecho antes de proceder á la adquisición. Su posesión está tan asegurada en un caso como en otro, porque esta seguridad no depende de un paseo, sino de las dos circunstancias siguientes: primera, de que el propietario ha declarado que ha transferido sus derechos, y segunda, de que los terceros que saben que no son propietarios del fundo en cuestión tienen el hábito de respetar la posesión del propietario (1). Si los terceros ó el vendedor no tienen respeto para la posesión de otro, el paseo del comprador no le servirá contra ellos más de lo que haga un acta notarial (2).

---

(1) Así se explica también la L. 30, § 54, t. *Quod per colonun possideo, heres meus nisi ipse nactus possessionem, non poterit possidere; retenere enim animo possumus apisci non possumus.* No puedo comprender por qué, según los principios conocidos sobre la adquisición de la posesión por medio de representantes, la obligación del colono de poseer por el arrendador no basta para procurar la posesión al heredero (Savigny, p. 313). Según mi teoría, la decisión del jurisconsulto se explica muy fácilmente: el heredero debe hacerse reconocer por el colono como propietario actual, y el colono debe haberle reconocido como tal para que pueda ser reconocido de hecho como propietario, es decir, como poseedor. Estas dos condiciones pueden ser cumplidas por cartas, sin viaje; aun más, la segunda resultaría del mismo silencio del colono.

(2) De ahí el carácter de todas las solemnidades instrumentales; vienen no á añadir nada esencial á la relación jurídica que en sí misma consta ya con sus exigencias y prestaciones adecuadas, sino á hacer constar la existencia de la misma relación, de suerte que ni los en ella primeramente interesados, ni los terceros, pueden desconocerla. Esta naturaleza de las solemnidades con que se rodean socialmente ciertos actos jurídicos, hace que con razón se les haya considerado como un *derecho para el derecho*, esto es, *derecho* para el *fin jurídico* (V. Giner y Calderón, *obra citada)*, pues en rigor vienen tales solemnidades á *condicionar*, no el fin económico de la relación de propiedad, sino la *forma jurídica* bajo la cual el fin económico se cumple y para que se cumpla de hecho. Responden estas solemnidades à la misma necesidad que el derecho procesal, penal y político.—*(N. del T.)*

De lo que precede resulta que la aprehensión, para las cosas inmuebles de la especie indicada, lejos de *deber* ó de *poder* dar un poder físico sobre la cosa, tiene por fin sólo comprobar la intención de las partes de transmitir la posesión. Sea la que fuere la definición que de la posesión se da; ya se vea en ella el poder físico, ya la exterioridad de la propiedad, en los dos casos la aprehensión aparece como un acto de pura formalidad, ni más ni menos que el pacto de las dos partes litigantes en el antiguo procedimiento de la *vindicatio*, acto que se podrá sustituir con otro cualquiera, y al cual hasta se debería preferir otro, siempre que fuese susceptible de dar al hecho la publicidad deseable, por ejemplo, el anuncio en las hojas públicas ó periódicos (1). Mis vecinos ven que yo siembro, trabajo y recojo, y me reconocen por eso que yo soy el propietario—he ahí la verdadera exterioridad de la propiedad que, como la experiencia prueba, se confunde en la mayoría de los casos con la propiedad real—mientras que, por el contrario, puede ocurrir que nadie vea el paseo que yo doy para aprehender, y aun cuando alguno lo viese, podría no adivinar el fin del mismo (2).

Y, sin embargo, ¡habría de depender todo de este acto insignificante, ó mejor, de su prueba! Que se piense en el resultado á que conduce la aplicación rigurosa de la teoría. Era hoy el día fijado para la tradición; el precio de venta está pagado; el vendedor ha declarado querer transmitirme la posesión y la propiedad. Ayer todavía me encontraba yo sobre el fundo; pero hoy el paseo me molesta, y lo dejo para tiempo

(1) Siempre buscando la manera de dar á la relación jurídica, que algunos dirían *substantiva*, la garantía por medio de una nueva relación que viene á tener la existencia de la primera como *objeto* y *fin*. Es un *derecho sobre derecho*, que dice Sanz del Río.—*(N. del T.)*

(2) Lo cual prueba que sin paseo y sin los demás actos, la relación de posesión pudo establecerse tan justa y jurídicamente como su fin exige, pues bien claro se ve que todos esas *exterioridades* por sí *mismas* no son la posesión, sino la forma con que conviene que socialmente se produzca para ser respetada y garantida.—*(N. del T.)*

más oportuno. El vendedor se aprovecha de esta circunstancia, y en el intervalo revende dolosamente el fundo á otro que, más avisado que yo, se traslada á él incontinenti. ¡Será este otro quien... haya adquirido la posesión y la propiedad! ¿No es eso dar á la pura forma rígida un valor que no tuvo sino en la época de la antigua jurisprudencia romana, y que ha perdido más y más con el consiguiente desenvolvimiento del derecho romano? La *mancipatio* y la *vindicatio* exigían también en el origen la presencia en el fundo, y la práctica nueva prescindió de esta traba (1).

Pero ¿con qué derecho podemos eludir una condición expresamente determinada por el derecho romano? Dejemos intacta esta condición, y veamos si no podemos alcanzar el fin mediante la *prueba*. El comprador, en el caso que precede, presenta un documento en el cual el vendedor reconoce que ha transmitido aquel mismo día al comprador la posesión y la propiedad; ¿tendrá aún que presentar la prueba de que ha dado el paseo de que se trata? El derecho romano nos da un punto de apoyo suficiente para responder á esta cuestión: *Sciendum generaliter*, dice Ulpiano en la L. 30, de V. O., 45, 1) (2), *si qui se scripserit fidejussisse, videri omnia solemniter acta*, y en el § 17, I. *de inut stip.*. (3,19), se dice: *si scriptum fuerit in instrumento, promississe aliquem, perinde habetur atque si interrogatione præcedente responsum est* (3). Justiniano hizo de este principio general una aplicación (4) que ofrece un interés particular para nuestra cuestión, porque es precisamente relativa á

---

(1) V. su *Esp. del D. R.*, II, p. 687-691.

(2) V. también § 8, I. *de fid. et nom* (27, 7).

(3) V. también, en el mismo sentido, Paulo.

(4) L. 14, Cód. Esta ley conserva otra facilidad en la prueba, con respecto á la de la propiedad sobre el esclavo estipulante. Justiniano hizo otra aplicación á la L. 23, Cód. ad S. C. *vill.* (4, 29) sobre las intercesiones de la mujer: *sed si quidem in ipso instrumento intercesionis dixerit sese aliquid accepisi et sic ad intercessionem venisse, et hoc instrumentum publice confectum inveniatur da tribus testibus assignatum* OMNIMODO ESSE CREDENDUM, *eam pecunias vel res accepisse et non esse ei ad Senatusconsulti Vellejani auxilium regresum.*

la necesidad de la presencia. *Sed cum hoc* (esta necesidad), dice en el § 12, I, *de inut. stip.* (3, 19), *materiam litium contentiosis hominibus præstabat, forte post tempus allegationes opponentibus et non præsentis fuisse se vel adversarios contendentibus, ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Cæsarienses advocatos scripsimus, per quam dispossimus tales scripturas, quæ præsto esse partes indicant, omnimodo credendas, nisi ipse, qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimus probationibus vel per scripturam vel per testes idoneos approbaverit in ipso toto die, quo conficiebatur, sese vel adversarium suum in aliis locis fuisse.* Esta es ciertamente una de las más sabias ordenanzas de Justiniano, y parece expresamente hecha para nuestro asunto. La presencia de aquel que adquirió la posesión cerca de la cosa, no es más esencial para la tradición, que lo es la de las dos partes para la estipulación, y la suposición de un adversario, que aparte de la transmisión de la cosa atestiguada por el actor, exige todavía la prueba de la presencia real, no merece una acogida más favorable que la pretensión de que nos habla Justiniano. La prueba contraria que Justiniano reserva, no tendrá una grande importancia para la tradición.

En la práctica se evita de este modo la necesidad de la presencia de la cosa, cada vez que la tradición efectuada esté atestiguada por un documento, sin distinguir si la cosa es mueble ó inmueble; y así es como Severo y Antonino pudieron declarar en la famosa L. 16 *de don.* (8, 54) que la tradición del certificado de propiedad sobre los esclavos *(emtionum mancipiorum instrumenta)* es un atestado plenamente válido, y por eso mismo una subrrogación de la tradición de los esclavos mismos (1).

---

(1) De igual modo es preciso comprender la L. 12, § 43, *de instr. leg.* (33, 7), en la cual Papiniano agita la cuestión de saber si en un legado «de todos los objetos que se encuentran en la casa» están comprendidos esos certificados de propiedad *(emtiones servorum)* é implícitamente, por consecuencia, los *esclavos mismos.* Aunque lo niegue en principio, admite, sin embargo, como posible que el testador haya pensado en los esclavos, y en ese caso el docu-

El legislador ¿no haría bien dando un paso más, renunciando absolutamente á la necesidad de la presencia cerca de la cosa en los casos donde esta presencia está desprovista de toda importancia? (1). Por mi parte, no vería en ello ningún inconveniente. Y aquí toco la cuestión tan debatida de la tradición simbólica (2), que dejo á un lado á causa de la extensión que el presente trabajo alcanza y porque no es indispensable tratarla ahora. Pero no puedo dejar de declarar que lejos de ver en esta noción una desfiguración de la noción posesoria, veo más bien un progreso de esta. En efecto; ¿qué diferencia hay en recibir las llaves de la casa, ó del subterráneo, en un lugar inmediatamente próximo ó á alguna distancia? ¿Es que mi voluntad de tener la cosa, si sólo se trata de la detención jurídica, y no del transporte de hecho, no obra más que á una distancia de diez pasos? Verdaderamente podría creerse que aquí se trata de una manipulación mecánica, que tiene por condición una influencia inmediata, y se sienta uno tentado á preguntarse: aplicando la idea puesta en boga por la escuela hegeliana, de que «la *voluntad propia se impone en la cosa*», ¿cómo la voluntad puede realizar esta operación á varias leguas de distancia? No veo ahí más que un efecto de esta apreciación exterior y material que hace abstracción del elemento ideal de la posesión para hacer gravitar toda la fuerza sobre el elemento físico. Todo hombre que esté libre de este perjuicio mirará también la tradición sim-

---

mento representa para él la cosa, y el legado de la una lo es de la otra. V., además, la L. 26 ibid., citada ya; *omne jus compleat instrumentis ante præmissis*. La J. 2, Cód. h. t. (7, 32), muestra hasta qué punto los romanos tenían el hábito de considerar como decisiva en materia de tradición de cosas inmuebles, el certificado de tradición; *licet enim instrumento non sit comprehensum, quod tibi tradicta sit possessio, ipsa tamen sua veritate id consecutus es*.

(1) Es lo que ha hecho el derecho francés. V., á tal propósito, K. S. Zacariæ, *Manual del derecho francés*, I, § 180, nota 3. «Pero era corriente insertar la cláusula *quasi traditionis* en los actos notariales que tenían por objeto la transmisión de la propiedad de un inmueble. Este uso dió margen á la nueva doctrina que renuncia por completo á la necesidad de la tradición».

(2) V. un examen más profundo en Esnes, l. c., p. 152.

bólica desde un punto de vista distinto del que hoy se toma generalmente. Si el cazador puede adquirir la posesión de la cosa que ha caído en sus lazos; si el propietario de un fundo puede adquirir la posesión del abono que ha hecho descargar en su campo, sin que ni uno ni otro estén presentes, ¿por qué el comerciante que ha comprado un almacén de mercancías, no podrá también adquirir la posesión por medio de la entrega de las llaves en su casa? Si esto repugna á la idea de la posesión, ¿por qué no ocurre lo mismo con lo otro? Por mi parte, no puedo menos de poner todos esos casos en la misma línea; no encuentro nada de simbólico en ninguno de ellos, y no veo más que la realización de la idea exacta, en mi sentir, de la posesión.

Séame, en fin, permitido examinar una relación que prueba una vez más de manera evidente la exactitud de mi opinión; la ocupación arbitraria del fundo de personas ausentes. Es sabido que no procura inmediatamente la posesión, sino sólo cuando el poseedor, después de haber tenido conocimiento de ella, no hace nada para hacer valer su posesión. ¿Por qué? Desde el punto de vista del poder físico, eso no puede, en manera alguna, explicarse. La fuerza física que el ocupante debe temer de parte de su contrario, no se disminuye después de pasado un mes, y lo que él pueda oponerle no ha aumentado, *físicamente,* el tiempo transcurrido no cambia absolutamente nada. Pero lo que cambia, lo que en el intervalo crece y refuerza, es el elemento *moral*, *ideal* de la posesión, es decir, el *reconocimiento* del estado de posesión actual, atestiguado por la inacción del poseedor precedente (1). La única persona precisamente de quien el ocupante hubiera podido temer una resistencia, no le ha opuesto ninguna, y desde ese instante debe aquél con-

(1) *Cum nemo adversarius cum inquietaverit, sed omnibus tacentibus* POSSESSIO CONFIRMATA EST, según la versión que dan las Basílicas (50, 2, 61, Steimb. V. p. 54) de la L. 10, Cód. *de poss.* Por esto es por lo que el que compra del colono el fundo de otro no adquiere inmediatamente la posesión. L. 5, Cód., 4, t. (7, 32). Ya hemos visto lo que es el *jus domini,* reservado aquí al arrendador.

ceptuarse como autorizado. Lo mismo que en la *tradición* de las cosas inmuebles, aquí no es el acto físico de la adquisición de la posesión, sino sólo la conducta del tenedor precedente, lo que imprime á su relación con la cosa el sello de la posesión jurídica. Para las cosas muebles, el paso de la posesión al ladrón depende exclusivamente de la apropiación *corporal* de esas cosas, ó para hablar como Savigny, del poder físico sobre la cosa; pero la razón precisamente por la cual, cuando se trata de las cosas inmuebles, la posesión descansa menos en el elemento físico que en el jurídico, hace también que la adquisición de la posesión sea necesariamente diferente; lo que falta en el primer caso debe suplirse en el segundo (1).

---

(1) No hace falta que aquí expongamos, como lo hemos hecho en otros lugares, la doctrina positiva española acerca de la adquisición de la posesión, pues con ello no haríamos más que repetir lo que en otra nota dejamos expuesto y copiado. Baste sólo como medio de facilitar la consulta que pudiera ocurrirse para comparar con el nuestro el sistema romano, que Ihering tan magistralmente discute, indicar que los artículos del Código civil que deben tenerse en cuenta son los siguientes: 438 al 442, ambos inclusive.—*(N. del T.)*

XIII

5.—Aplicación á la pérdida de la posesión.

Si la posesión es la exterioridad de la propiedad, debemos declararla perdida cuando la cosa ha llegado á encontrarse en uno posición en desacuerdo con la manera y forma regulares, bajo las cuales el propietario tiene costumbre de servirse de ella (1). Aquí también puede ser posible reproducir el estado originario; para nuestra teoría no basta eso, porque un propietario que tiene algún aprecio por la cosa no se contenta con esta simple *posibilidad*, y se cruza de brazos, sino que se mueve y restablece lo más pronto posible la relación perturbada. *Omnia ut dominum fecisse*. He ahí la línea de conducta del poseedor que quiere conservar la posesión. Lo que tiene que hacer su interés se lo dicta, y esta circunstancia precisamente es la que

(1) Esta variación de la posición de la cosa no es, claro está, más que el signo sensible, revelador, del estado en que puede encontrarse la relación jurídica de posesión y de propiedad. La cesación de éste, que hace que la cosa se ofrezca con sus aprovechamientos posibles á la actividad de los seres, está en que deje de ser medio para el fin racional de quien hasta entonces la tenía dentro de la esfera de atracción psicológica de su vida. No nos atrevemos á desarrollar todas las consecuencias que este principio general entraña, porque nos llevaría muy lejos, y, por otra parte, nos haría realizar una crítica del concepto consagrado en la mayoría de los códigos respecto de la propiedad, que, á pesar de su gran aceptación, no por eso es indiscutible.—*(N. del T.)*

hace que se le reconozca como aquel á quien la cosa pertenece *(ad quem ea res pertinet)*. *El interés atestiguado en el hecho* por la manera de servirse de la cosa, de cuidarse de ella, de protegerla y asegurarla, es el *indicio del verdadero propietario*. Quienquiera que no muestre este interés y se desligue de algún modo de la cosa, pierde la posesión, porque aunque él sea y permanezca propietario, no es activo y *visible* como tal; y la posesión consiste precisamente en esto, la parte *visible* de la propiedad,—*la diligencia del propietario es una condición indispensable de la posesión*.

La divergencia que existe en este punto, entre mi teoría y la de Savigny, salta á la vista. El poseedor, según Savigny, puede tranquilamente dejar en el bosque ó en pleno campo los objetos que en ellos ha abandonado: mientras quede la posibilidad de ir á recogerlos, conserva la posesión. En mi opinión, al contrario, la pierde en seguida, porque el propietario diligente no abandona así una cosa (1). El poseedor, según Savigny, puede abandonar por completo los fundos y dejarlos incultos; puede alejarse de ellos sin arrendarlos y sin confiarlos á nadie: conserva la posesión, porque puede que vuelva algún día, dentro de diez ó veinte años. Según mi teoría, pierde su posesión. La conducta personal del poseedor, su diligencia, su abandono, su incuria, su indiferencia (2), no tienen importancia según la doctrina de Savigny, que funda la posesión en la idea

---

(1) Aun admitido esto para la interpretación desde el punto de vista social de la voluntad del propietario, siempre podrá ponerse el problema *interno*, digámoslo así, de cómo y por qué cesa y debe cesar la propiedad, esto es, cuándo desaparece el fundamento en que se apoye aquel derecho que tiene el sujeto para usar con preferencia á otros de los aprovechamientos de la cosa, y exigir de ellos el respeto y del Estado el amparo y seguridad.— *(N. del T.)*

(2) A lo menos deben tomarse como signos reveladores de que para el *mismo* propietario han cesado los fundamentos en que se apoyaba la propiedad. Lo difícil es decidir, aunque tales signos no se ofrecieran, si puede la propiedad cesar sólo porque cese la necesidad á que la misma responda.— *(N. del T.)*

de la *vis inertiæ*; según la mía, por el contrario, tienen una importancia decisiva. Dejemos ahora á las fuentes inclinar la balanza.

Rerum mobilium, dice Papiniano en la L. 47 *de poss.* (41, 2), NEGLECTA ATQUE OMISSA CUSTODIA, *quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum aferre consuevit idque Nerva filius libris de usucapio nibus retulit.* El jurisconsulto nos enseña que la negligencia del poseedor en la guarda de las cosas entraña la pérdida de la posesión: Savigny (p. 341) lo niega; según él, ese texto no expresa una regla de derecho, sino solamente la consecuencia *muy frecuente (consuevit)* de la *custodia omissa.* Una autoridad como Papiniano habrá llamado en su auxilio á Nerva para decir futilezas como esta: aquel que deje caer dinero ú otros valores en la calle, corre el peligro de que se los roben, á lo menos eso ocurre bastantes veces. ¡Es como si Odisea hubiese descendido á los infiernos para saber por Tiresias que todos los hombres son mortales! ¿Pero cuál es entonces el sentido de esa palabra *consuevit?* En mi opinión designa la práctica judicial que es decisiva en derecho (1). Muchos litigantes, dice Papiniano, han visto denegada la posesión por no haberla guardado diligentemente. Por fortuna nos ha sido conservado otro testimonio de la opinión de Nerva, que no deja lugar á duda sobre su pensamiento; es la L. 3, § 13, ibid. de Paulo:

> *Nerva fillius, res mobiles excepto homini, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est* (2), *quatenus si velimus, naturalem possessionem naucisci possimus.*

Relacionando con la *custodia* la continuación de la posesión para las cosas muebles, con excepción de los esclavos, Nerva

---

(1) Una expresión análoga encuentran en la L. 1, Cód. *de solut.* (11, 13)... *es tamtum defensio consuevit admitti.*

(2) En lugar de esta lección confirmada por la autoridad del texto florentino, Savigny adopta la variante *idem*, que se encuentra en algunos manuscritos; vease, al contrario, Rudorff, l. c., p. 692.

dice, implícitamente, que la negligencia en la custodia entraña la pérdida de la posesión.

Pero no es sólo para las cosas muebles para lo que encontramos la negligencia *(negligeri)* del poseedor: con respecto á los inmuebles la L. 40, § 1, h. t. *(neglexerit)* y la L. 37, § 1, *de usurp.* (41, 3) *(negligentia)* la colocan de igual modo en relación con la cuestión de la continuación de la posesión.

La negligencia toma en nuestras fuentes un doble aspecto con respecto á la conservación de la posesión; distinguen dos casos de negligencia, aquel en el cual es una negligencia continua y constante, y aquel en el cual es una negligencia momentánea la que entraña la pérdida de la posesión. Puede haber para el propietario situaciones críticas, en que debe, si quiere asegurarse la cosa ó la posesión, tomar todas las medidas necesarias á este efecto. En otro caso, al contrario, la posición de la cosa que debe mover al propietario á obrar no es tan inmediatamente urgente, no hay que temer por la demora, y un retraso no ofrece entonces peligro; sólo la omisión contínua de las acciones que se deberían esperar de él, es lo que puede acarrearle la censura de negligencia, y por lo tanto, el perjuicio de la pérdida de la posesión. Se puede designar el primero por el nombre de caso *agudo*, y el segundo por el de caso *crónico* de pérdida de la posesión.

El propietario ha perdido su cosa; su rebaño se ha extraviado, ¿qué debe hacer? Ponerse inmediatamente en su busca. Si lo encuentra, no habrá perdido nunca su posesión; si no lo encuentra, la habrá perdido. ¿Pero qué ocurrirá si prescinde de todo género de investigaciones, ya por pereza, ya porque quiera dejarlo para un tiempo más oportuno? En la L. 3, § 13 h. t., que habla de esos dos casos, pérdida de la cosa y extravío del ganado, no se hace *mención* de estas hipótesis. ¿Qué debe decidirse? ¿La posesión continúa á causa de la posibilidad de reproducirse la relación originaria? No, en mi concepto. Aparte de la L. 47, citada más arriba, que reconocía la *omissa atque neglecta custodia* como causa de la pérdida de la posesión para

las cosas muebles, creo poder alegar también la analogía de la pérdida de la posesión en las cosas inmuebles. El propietario ausente tiene noticia de que otro ha tomado posesión de su casa. ¿Qué hará? Tomará inmediatamente las medidas necesarias para echar al ocupante. ¿Y si no lo hace por temor ó pereza? En ese caso pierde la posesión (1). ¿Por qué? Porque ha dejado su derecho así, porque en el momento en que se esperaba ver surgir á aquél «á quien la *casa importa*» no se ha mostrado como tal: en el instante crítico no se ha hecho *visible* como *propietario*. Es, á mi ver, perfectamente indiferente que la cosa resulte puesta en situación crítica que obligue al propietario diligente á tomar medidas de defensa inmediata, por un tercero, por ella misma (huída del ganado), por sucesos naturales (maderas arrastradas por la corriente), ó por insuficiencia y abandono del poseedor. Importa poco también, por ejemplo, que el cazador haya perdido su morral en el bosque, ó que lo haya dejado intencionalmente; el estado en que un tercero lo encuentra no es aquel en el cual el propietario usa habitualmente de su derecho de propiedad sobre este objeto; tal estado muestra que una perturbación ha sobrevenido en la relación normal de propiedad; el objeto no está en posesión.

Examinemos ahora el caso ó casos de la segunda especie. Nuestras fuentes nos ofrecen las decisiones siguientes:

1) L. 40, § 1 h. t. de Africano.

Si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset, propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio et retinentur et continuaretur; quo mortuo non STATIM *dicendum lam interpellari, sed tunc demum, cum dominus possessionem apisci* NEGLEXERIT.

La decisión que en ese caso da el jurisconsulto es inarmonizable con la teoría de Savigny. En efecto; si la posesión del arrendador no cesa súbitamente á la muerte del arrendatario,

(1) L 3, § 8, L. 7, L. 25, § 2 h. t.

es que continúa, según esta teoría, de una manera ininterrumpida mientras no se produce cambio alguno en el estado actual, porque el primero conserva intacta la posibilidad de reproducir el estado originario. Pero esta simple posibilidad que permite al poseedor cruzarse de brazos, no basta á los ojos del jurisconsulto para conservarle la posesión; exige, por el contrario, que aquél intervenga para asegurar su posesión (1), que se ocupe en lo que ocurra en su fundo (2), y decida si colocará en él un nuevo colono, ó si lo cultivará él mismo. En el intervalo, su posesión continuará *(non statim interpellari)*, pero si tarda más de lo que un hombre diligente tardaría en su puesto, pierde la posesión. ¿Por qué? Porque no ha manifestado visiblemente su cualidad de propietario cuando debía hacerlo.

Un caso análogo al de la muerte del colono, es aquel en que éste abandone el fundo. Africano quería en ese caso hacer cesar inmediatamente la posesión del arrendador (3), mientras que otros dos jurisconsultos, Pomponio en la L. 25, § 1, y Paulo en la L. 3, § 8 h. t., se declararon por la continuación. ¿Aludían á la continuación *ilimitada*, es decir, aun en el caso en que el arrendador advertido quedase sin hacer nada? No vacilo en responder negativamente, y sólo ruego al lector suspenda por un momento su apreciación sobre este punto.

---

(1) Empleando las palabras *possessionem* APISCI con respecto á las medidas tomadas para la *conservación* de la posesión, el jurisconsulto entiende por ellas la readquisición de la CORPORALIS *possessio*, que precedentemente ha sido ejercida por el colono.

(2) En efecto; el heredero del colono no es *eo ipso* colono. L. 60, § 1, l. c., (19, 2). *Heredem coloni*, QUAMVIS COLUNUS NON EST, *nihil ominus domino possidere existimo:* es posible también que no exista ningún heredero ó que el heredero no sea conocido.

(3) ALIUD *existimandum*, según el texto florentino y la mayor parte de las ediciones impresas. Savigny da la preferencia (p. 142) á la lección: IDEM *existimandum*, que se encuentra en algunos manuscritos. V., en sentido contrario, Rudorff (ibid., p. 704).

2) L. 37, § 1, *de usurp.* (41, 3), de Gayo:

Fundi quoque alie ni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quæ vel EX NEGLIGENTIA *domini vacet vel quia dominus sine successore deceserit vel* LONGO TEMPORE ABFUERIT.

Savigny (p. 360) trata de conciliar este pasaje con su teoría, suponiendo que el poseedor quiere renunciar á la posesión. Pero el poseedor puede rechazar este supuesto invocando al mismo Savigny (la p. citada, nota), que le permite dejar la cosa, por *negligencia* ó *ausencia*, sin *vigilancia*, y sin *detención*, y si no hace nada por su parte para atestiguar su voluntad de renunciar positivamente á la posesión, no veo en qué se funda Savigny para admitir que es preciso que la cosa haya quedado en realidad sin poseedor (V. la nota citada). Esta distinción no es á mi ver más que una habilidad dialéctica; quien quiera ensayar la aplicación de esas nociones contradictorias á una especie determinada, se convencerá que le falta todo punto de apoyo y que es muy dueño de decir: la cosa ha quedado por negligencia del poseedor sin vigilancia y sin detención; pero, sin embargo, ha quedado en posesión; ó bien: la cosa ha sido *en realidad* (¡sic!) dejada sin poseedor.

El jurisconsulto distingue en ese pasaje dos casos, en los cuales la posesión de la cosa está vacante *(possessio vacat)*, el de la vacante culpable *(negligentia domini)*, y el de la no culpable (muerte y larga ausencia del poseedor). Citando la *negligentia domini* como causa de la pérdida de la posesión, reconoce la tesis que yo quiero demostrar aquí para las cosas inmuebles, con la misma claridad y precisión que la L. 47 citada la reconoce para las cosas muebles. Que la posesión se pierde también en el caso de falta de vigilancia no culpable, no tiene nada de sorprendente ni está en contradicción con mi opinión. No pretendo en efecto que la posesión no se pierda sólo por negligencia, sino que se pierde *también* por negligencia. La no ocupación prolongada del fundo es un estado que repugna tanto á la forma normal de realización de la propiedad sobre las cosas

inmuebles, como el hecho de dejar las cosas de valor en pleno campo. Es una *omissa atque neglecta custodia;* una perturbación de la relación normal de la propiedad. Que la ocasión de esta perturbación sea un acontecimiento natural ó una acción humana, es una circunstancia indiferente.

La legislación imperial no ha modificado estas reglas más que en un solo caso: cuando el motivo por el cual el poseedor ha dejado durante largo tiempo el cultivo del fundo, radica en un temor fundado *(metus necessitate)*, en ese caso es preciso decidir según la L. 4, cod. *de acq. poss..* (7, 82) de Diocleciano (a. 290): *ex transmissi temporis injuria ei præjudicium non generari.* Es inútil hacer notar que ese pasaje reconoce nuestra teoría indirectamente, pues que no excluye el *præjudicium* que resultaría sin eso de la omisión del cultivo, es decir, la pérdida de la posesión, más que en el caso de *metus necessitas* (1).

El propietario *debe* cultivar su fundo. El Censor en los antiguos tiempos lo exigía (2), y la legislación imperial ha acentuado esta obligación permitiendo á cualquiera, en caso de negligencia, ponerse á cultivar el fundo y concediéndole la propiedad después de dos años (3). El mismo permiso fué dado por Vespasiano para los terrenos de edificación no empleados (4). Mediante *la immissio*, por negarse á prestar la *cautio damni infecti*, la posesión, como es sabido, no se pierde inme-

---

(1) Las palabras: *si* NON DERELINQUENDI ANIMO *non coluisti* en ese pasaje no indican una hipótesis en oposición, como resulta de cuanto precede; esas palabras han sido probablemente tomadas de los términos de la demanda.

(2) Gelio, IV, 12. *Si quis agrum suum passus fuerat sordescere eumque indiligenter curabat ac neque araverat neque purgaverat sive ques arborem suam vineamque habuerat derelictui, non id sine poene fuit, sed erat opus censorium.*

(3) L. 8, Cód. *de agro deserto* (11, 58). Pertinax había autorizado ya esta ocupación. Guyet, *Archiv. de pract. civ.*, XVII, p. 59. Las leyes 10, 14, Cód. ibid., acentúan y abrevian estas medidas. Así ocurre también en el antiguo derecho alemán: un fundo que el propietario deja inculto se hace de la *Mark* ó del común desde el instante en que crecen en él zarzas y arbustos. Grisum, *Rechtsalterth*, p. 92.

(4) Sut. Vesp., c. 8, *vacuas areas occupare et aedificare, si possessores cessarent.*

diatamente, pero si esta medida queda sin efecto, un *secundum decretum* realiza la transmisión de la posesión y de la propiedad.

Esta medida está justificada por Ulpiano en el pasaje citado, dado que después de pasar un cierto intervalo de tiempo *(post aliquod intervallum)* se puede admitir:

> *Quod pro derelicto aedes longo silentio dominus videatur habuisse.*

Seguramente el jurisconsulto no opinaba que hubiese ahí una verdadera *derelictio*, sino que quería justificar tan sólo el aparente rigor de la regla, haciendo saber que por su completa indiferencia el propietario se había en algún modo desligado él mismo de la cosa; y sólo para reproducir esta consideración, que he presentado más arriba, he creído ahora que debía, con la autoridad de un jurisconsulto romano, trasladar aquí ese pasaje.

3) L. 13, pr. h. t. de Ulpiano.
Pomponius refert, cun lapides in Tiberim demer si essent naufragio et POST TEMPUS *extracti: an dominium in integrum fuit per id tempus, quo erant mersi? Ego dominium me retinere puto, possessionem non puto.*

Según la explicación de Savigny (pág. 340), Ulpiano habría negado aquí la continuación de la posesión porque era imposible volver á ver las piedras. Pero en ese caso, la posesión se hubiera perdido inmediatamente, y las palabras *post tempus* que se encuentran en el pasaje no tendrían sentido. Y en efecto, Savigny las pierde de vista por completo. Sin embargo, estas palabras *post tempus* significan algo y responden á las palabras *non* STATIM *interpellari possessionem, sed tunc demum, cun dominus possessionem apisci neglexerit* en la L. 40, § 1, cit. El propietario de las piedras dejó pasar un largo intervalo de tiempo antes de decidirse á hacerlas levantar, y esta inacción continuada es precisamente la que está en desacuerdo

con la conducta habitual del propietario diligente, y con la máxima *omnia ut dominun fecisse*, dejó largo tiempo sus cosas en una posición contradictoria con el aspecto normal de la propiedad.

Las palabras *post tempus* tienen su correspondencia en la palabra *diu* del pasaje siguiente:

4) La L. 1, 3, § 10, L. t. de Paulo (1).

Si servus, quem possidebam, pro libero se gerat, ut fecit Spartacus, et judicium liberale pati paratus sit, non videbitur a domino possideri, cui se adversarium præparat; sed hoc ita verum est, si DIU *in libertate moratur.*

¿Por qué Paulo hace esta restricción? La teoría de Savigny no puede responder á esto. O la posesión del esclavo se perdía desde el principio, ó bien continuaba; en el segundo caso debía, según Savigny, continuar sin interrupción, si de otro modo no sobrevenía algún cambio; *el tiempo por sí mismo no tiene ningún poder sobre la posesión*, según Savigny. En mi teoría, por el contrario, el tiempo tiene todo ese poder, debe tenerlo, y precisamente esta importancia del tiempo es lo que constituye en mi opinión uno de los principales argumentos en pro de la exactitud de mi teoría. Quien quiera mantener todavía la fórmula de Savigny sobre la continuación de la posesión, debe dar explicaciones acerca de estos dos puntos: primeramente, respecto de la conciliación de la teoría de Savigny con los textos, según los cuales, en caso de negligencia persistente *(non statim, post tempus, longo tempore, longo silentio, diu)*, la posesión se pierde sin que ocurra cambio alguno en el *corpus* ó en el *animus*; y en segundo lugar, acerca de cómo la más real precisamente de todas las relaciones jurídicas, la posesión, puede llegar á estar desligada de la condición de la realidad, que es la re-

---

(1) Hay también en las Pandectas un fragmento de ese jurisconsulto, en que toca la misma cuestión, pero sin emplear la palabra *diu*. La L. 15, § 2, *de usuc.* (41, 3).

gla de todas las relaciones patrimoniales. En el antiguo derecho romano, la propiedad se perdía por usucapión en uno ó dos años, según las casos; las servidumbres se perdían también por el no uso, las acciones penales pretorias prescribían al año. El derecho, pues, se consumía rápidamente en Roma cuando no se apoyaba en el ejercicio real. Y la posesión, que como ningún otro derecho se halla sometida á la fuerza del hecho, no ha de ser afectada por la ausencia de este elemento; para un Matusalén duraría de tal manera, sin ejercicio real, cien años y más!

Pero se me dirá: *¡lex ita scripta est!* La L. 153 de R. J. (50, 17) declara expresamente que la posesión dura tanto tiempo como el *animus* y el *corpus* no cambien en el contrario *(in contrarium actum)*. Los autores están unánimes en admitir el peligro que hay de fundar una teoría sobre la abstracción de un jurisconsulto romano en lugar de fundarla sobre las decisiones concretas de las fuentes, y la regla citada de Paulo ofrece á mi ver una nueva justificación de la máxima de la L. 202 de R. J. (50, 17): *omnis definitio in jura periculosa est, parum est enim est non subverti possit*. En efecto, no concuerda con las decisiones concretas de los jurisconsultos romanos, por lo menos cuando se entiende el *actum in contrarium* en el sentido de Savigny y de la teoría dominante. Sin volver sobre los pasajes más arriba citados, sólo preguntaré: ¿cómo se concilia esta regla con la pérdida de la posesión causada por la muerte? La muerte no cambia nada el estado exterior de la cosa, sólo hay la cesación del *animus*, pero esta cesación no es evidentemente un *animus in contrarium actus;* la *voluntad de poseer* no cambia aquí, como quiere Savigny, en *voluntad de no poseer*. Ahora bien, cuando se presenta una contradicción como esta entre la abstracción teórica, la *regula juris* de un jurisconsulto romano, y las decisiones prácticas de nuestras fuentes, seguimos sólo la indicación que Paulo mismo nos da en la L. 1 de R. J. (50, 17). *Non ut ex regula jus sumatur*, *sed ex jure*, *quod est*, *regula fiat*, ateniéndonos á los materiales concretos de las fuentes, y tratando de abs-

traer de ellas la *regula juris*, de lo cual el propio Savigny no deja de darnos ejemplo (1).

Quiero, por fin, salir al paso todavía á una objeción que debe esperar el sistema que acabo de desenvolver sobre la continuación de la posesión. Cuando considero como condición de esta continuación la diligencia de un propietario exacto, se me dirigirá la censura de que esta regla peca, por falta de precisión (2), á lo cual respondo remitiéndome simplemente á la teoría de la *diligentia* en las relaciones obligatorias. Las dos reglas de que se sirven los romanos para establecerla: la de la diligencia del hombre de negocios capaz, y la del hombre ordinario, no son más precisas que la mía, y estoy convencido de que esta última ocasionaría menos dudas en su aplicación.

Aun más: de nuevo me afirmo en la convicción de que los ciudadanos y los campesinos estarán con mi teoría en estado más favorable de juzgar si hay ó no posesión que los corifeos de la jurisprudencia con la teoría de Savigny. De todas suertes, el juez que tan á menudo se encuentra llamado á decidir lo que en materia de relaciones *obligatorias* ó de usufructo un *diligens pater familias* ó un *bonus vir* hubiera debido hacer, no se detendrá ante la tarea de decidir en materia de posesión lo que hubiera hecho un propietario cualquiera. Mi teoría no exige de él

---

(1) Remito al lector, por ejemplo, á su *Sistema*, III, pág. 346, donde se ocupa de la regla formulada en la L. 7, 8, *de per. et fact. ign.* (22, 6). No nos ponemos en contradicción, dice, con la fuente del derecho, sino que nos atenemos sólo á sus decisiones seguras en los casos particulares, y consideramos los pasajes citados más arriba *como una tentativa de establecer un principio general.* Si Savigny no hubiera escrito su tratado de la posesión á la edad de veintitrés años, sino en edad más madura, hubiera quizá empleado el mismo razonamiento con relación á la regla citada de Paulo.

(2) Creo haber demostrado que no es á los partidarios de Savigny á quien corresponde dirigir esa censura. La precisión aparente de la fórmula de Savigny para la adquisición y pérdida de la posesión, se reduce á nada desde que se la aplica. No quiero volver sobre este punto, porque no se trata de eso, sino de saber cuál de las dos fórmulas es verdadera, y cuál, entre la de Savigny y la mia, está de acuerdo con las decisiones de las fuentes.

para la posesión, más que lo que el derecho romano le imponía indudablemente en esas materias. En tal supuesto, la objeción no va contra mi teoría, sino contra el derecho romano mismo, y en definitiva, contra su propio autor, porque es preciso ignorar el derecho y la vida para dirigir una censura al derecho, porque lleva al juez ante las exigencias de la vida real, en lugar de darle una fórmula mágica, en cuya fuerza maravillosa no crea más que aquel que rara vez ó nunca tenga ocasión de ensayarla en un caso particular.

Voy á resumir el resultado de todo mi trabajo en las proposiciones siguientes:

La posesión de las cosas no debe á sí misma, sino á la propiedad, su elevación al rango de las relaciones jurídicas importantes (1). Con el fin de conceder al propietario contra ciertos ataques, un medio más fácil que la reivindicación, la prueba de la *existencia jurídica* de la propiedad ha sido reemplazada por la prueba de su existencia *de hecho*.

La suposición, de que ordinariamente la posesión concurre con la propiedad efectiva, hace participar de la misma protección hasta los no propietarios, en los casos en que por excepción la posesión y la propiedad están separadas. Este último efecto no constituye *el fin*, sino una *consecuencia inevitable* de la posesión.

La idea de la protección posesoria, en la plena verdad y generalidad de su acepción, debe dirigirse contra toda lesión á la voluntad del poseedor. Esta condición, que aun no había sido realizada en el antiguo derecho romano,

---

(1) No conceptuamos oportuno oponer á estas afirmaciones de Ihering los puntos de vista que en las notas venimos sosteniendo, pues sería esto repetir lo que en diferentes lugares de las observaciones á esta admirable obra del ilustre jurisconsulto dejamos dicho.—*(N. del T.)*

pues que limitaba la protección á ciertas lesiones, ha sido efectuada en toda su extensión por el derecho romano más reciente.

En su relación con la propiedad, se encuentra la clave de toda la teoría material de la posesión, tanto en lo que concierne á la extensión *abstracta* de la posesión—que es perfectamente paralela con la de la propiedad—como en cuanto concierne á las condiciones de la posesión *concreta*. Esas condiciones no son otras que las de la relación exterior del propietario con la cosa.

Llamar á la posesión de las cosas exterioridad ó visibilidad de la propiedad, es resumir en una frase toda la teoría posesoria.





INDICE

Páginas.